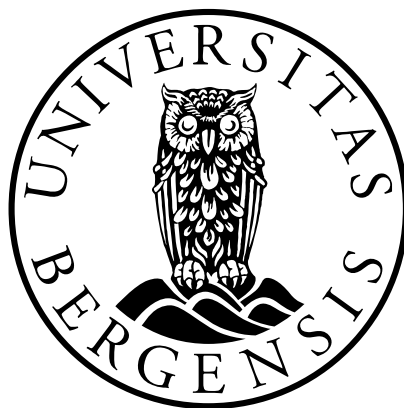


Bærekraft i konkurranseloven § 10 tredje ledd

Om bærekraft er en relevant gevinst som kan begrunne unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

Kandidatnummer: 149

Antall ord: 14 638



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Aktualitet.....	4
1.3 Definisjoner	6
1.4 Avgrensning	6
1.5 Metode og rettskildebilde.....	7
1.5.1 Samfunnsøkonomisk effektivitet.....	7
1.5.2 EU/EØS-rett	8
1.5.3 Særlig om EØS- og EU-rettslig metode	10
1.6 Videre fremstilling	11
2 Konkurranseloven § 10	12
2.1 Presentasjon av bestemmelsen	12
2.2 Når er konkurranseloven § 10 aktuell?	12
3 Konkurranseloven § 10 tredje ledd	15
3.1 Generelt	15
3.2 Oversikt over vilkårene	15
3.3 Sammenhengen mellom TEUV art. 101 første ledd og TEUV art. 101 tredje ledd	17
4 Rekkevidden av vilkåret om effektivitetsgevinster	19
4.1 Generelt	19
4.2 Ordlyden.....	19
4.3 Rettstilstanden i EU før 2004	21
4.3.1 Adgangen til å ta hensyn til bærekraft	21
4.3.2 Adgangen til å ta hensyn til øvrige ikke-økonomiske effekter	23
4.4 EU-kommisjonens retningslinjer.....	27
4.5 Kan man vurdere positive effekter etter første ledd?	30
4.6 Om en snever tolkning er hensiktsmessig i lys av reelle hensyn	32
4.7 Er konkurranse i seg selv et mål?.....	33
4.8 Om bærekraft er relevant i TEUV art. 101 tredje ledd.....	35
5 Om bærekraft burde være relevant i TEUV art. 101 tredje ledd.....	38
5.1 Generelt	38

5.2	Ulike rettslige muligheter	39
5.3	Utkast til nye retningslinjer	42
6	Om bærekraft er relevant i konkurranseloven § 10 tredje ledd	44
	Litteraturliste	48

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er rekkevidden av unntaksbestemmelsen i konkurranseloven¹ § 10 tredje ledd. Problemstillingen er om bærekraft er en relevant gevinst ved vurderingen av om en avtale eller annet samarbeid som i utgangspunktet er forbudt etter krrl. § 10 første ledd, likevel skal være tillatt etter krrl. § 10 tredje ledd.

Konkurranse anses for å være et viktig virkemiddel for å oppnå effektiv ressursbruk i samfunnet og for å verne forbrukere.² Et av virkemidlene for å sørge for tilstrekkelig konkurranse er forbudet i konkurranseloven § 10 mot såkalt konkurransebegrensende samarbeid, altså samarbeid mellom bedrifter som skader konkurransen i markedet.

Konkurranseloven § 10 tredje ledd viser til at første ledd ikke kommer til anvendelse dersom visse vilkår er oppfylt. Det er de samarbeidende foretakene som selv må vurdere om samarbeidet oppfyller vilkårene i krrl. § 10 tredje ledd. Bestemmelsen fungerer som en ventil som på nærmere vilkår kan gi bedrifter adgang til å samarbeide selv om samarbeidet er konkurranseskadelig, dersom det konkurransebegrensende samarbeidet også bringer med seg visse positive effekter som veier opp for ulempene som følger av samarbeidet.

Vilkåret som skal belyses nærmere i denne oppgaven er at samarbeidet må «bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling», som er ett av flere kumulative vilkår i krrl. § 10 tredje ledd.

Som det vil vises til senere, i oppgavens kapittel 1.5.2, er konkurranseloven § 10 tilnærmet en kopi av EØS-avtalen art. 53 og TEUV art. 101.³ Det er derfor nødvendig å undersøke rekkevidden av det tilsvarende unntaket fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i TEUV art. 101 tredje ledd. Dersom bærekraft i utgangspunktet ikke er å anse som en relevant effektivitetsgevinst ved anvendelsen av TEUV art. 101 tredje ledd, vil det deretter

¹ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven – krrl.).

² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 21.

³ Ronny Gjendemsjø, *Karnov Lovkommentarer: Konkurranseloven*, § 10 note 1, lovdata.no (lest 5. mai 2022).

stilles spørsmål ved om det aktuelle vilkåret i krrl. § 10 kan tolkes noe videre enn det tilsvarende vilkåret i TEUV art. 101.

1.2 Aktualitet

Rekkevidden av unntaksbestemmelsen i krrl. § 10 tredje ledd er noe usikker, grunnet en pågående diskusjon om rekkevidden av den tilsvarende TEUV art. 101 tredje ledd, og om hvilke gevinster som kan begrunne at bedrifter er omfattet av unntaksbestemmelsen i TEUV art. 101 tredje ledd.⁴

Whish & Bailey beskriver dette som et spørsmål om det aktuelle vilkåret skal forstås i snever eller vid forstand.⁵ Det er dette som skal undersøkes videre i oppgaven, med særlig fokus på om bærekraft er et relevant hensyn ved vurderingen av individuelt unntak etter krrl. § 10 tredje ledd.

Ikke-økonomiske gevinster, som bærekraft, har tidligere blitt vektlagt i praksis angående TEUV art. 101 tredje ledd, men ofte i samsvar med samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster. Det er derfor fortsatt uklart om ikke-økonomiske gevinster alene kan begrunne unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.

I bunn og grunn kan dette oppstilles som et spørsmål om hvilke gevinster som skal kunne begrunne dispensasjon fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Dette er særlig aktuelt når nettopp hensynet til bærekraft i stadig større grad fremheves internasjonalt.⁶ Bærekraft har nærmest blitt et metahensyn, og det er derfor høyst relevant å undersøke om også konkurranseloven åpner opp for å ta hensyn til bærekraft.

Utover 2000-tallet har det blitt et stadig økende fokus på bærekraft, klima og miljøvern, og det er satt ambisiøse mål for fremtiden, blant annet ved at EU-kommisjonen har vedtatt en plan for et klimanøytralt EU innen 2050.⁷ Denne planen kalles for «European Green Deal», og vil kreve en enorm satsing som får ringvirkninger også for Norge gjennom vårt tette

⁴ Ronny Gjendemsjø, *Karnov Lovkommentarer: Konkurranseloven*, § 10 note 10, lovdata.no (lest 5. mai 2022).

⁵ Whish og Bailey (2018) s. 163.

⁶ Se *FNs bærekraftsmål* (2015).

⁷ Samferdselsdepartementet, *Green Deal – EUs strategi for et klimanøytralt kontinent innen 2050: Tiltak på transportområde* (2021).

samarbeid med EU gjennom særlig EØS-avtalen.⁸ Her i Norge har vi også en rekke bærekraftsmål som vil få stor betydning de kommende årene.⁹

For å oppnå disse målene trengs det ikke bare offentlige initiativ og politiske vedtak, men også initiativ fra aktører i privat sektor. Det er derfor nødvendig å insentivere og tilrettelegge for at også private aktører skal kunne ta bærekraftige valg. Dersom konkurranseloven § 10 tredje ledd ikke åpner for å hensynta bærekraft, vil konkurransereglene tidvis kunne være til hinder for private bærekraftsinitiativ.¹⁰

I flere land er det en pågående utvikling om å tilrettelegge konkurransereglene for å kunne hensynta bærekraft. Nederlandske myndigheter har vært aktive i denne retningen i konkurranseretten.¹¹ Der har konkurransemyndighetene foreslått egne retningslinjer for å kunne anse «public sustainability objectives» som relevante i konkurranseretten, uten å være i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.¹² De britiske konkurransemyndighetene har også nylig publisert en rekke forslag til regjeringen som vil kunne endre konkurransereglene i grønnere retning, samt uttrykk at det allerede er et visst rom for å «accommodate environmental benefits brought about by agreements that restrict competition».¹³ Greske konkurransemyndigheter er tilsynelatende også offensive i denne retningen.¹⁴

Imidlertid har Margrethe Vestager, EU-kommisærer for konkurranse, lagt seg på en mer forsiktig linje, og har uttrykt at «[c]ompetition policy is not, and it cannot be, in the lead when it comes to making Europe green».¹⁵ Hun ga likevel uttrykk for at Kommisjonen skal forsøke å tolke konkurransereglene i en grønnere retning.¹⁶ Et argument for en slik tilnærming er blant annet at konkurransereglene først og fremst er regler for å ivareta konkurranse, og at nettopp økt konkurranse også bidrar til å gjøre økonomien mer bærekraftig.¹⁷

⁸ Utenriksdepartementet, *Norges posisjonsnotat om Europas grønne giv* (2021).

⁹ Meld. St. 40 (2020-21).

¹⁰ Gassler (2021) s. 430.

¹¹ Malinauskaite (2022) s. 7-8.

¹² Se Gassler (2021) s. 430 og Autoriteit Consument & Markt (ACM), *Second draft version: Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunities within competition law* (2021).

¹³ Competition & Markets Authority (CMA), *Environmental sustainability and the UK competition and consumer regimes: CMA advice to the Government* (2022).

¹⁴ Hellenic Competition Commission (HCC), *Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law* (2020).

¹⁵ Vestager (2020).

¹⁶ Gassler (2021) s. 430- 431.

¹⁷ Vestager (2021).

Også de tyske konkurransemyndighetene, ledet av Andreas Mundt, publiserte et interessant dokument i bærekraftsdiskusjonen.¹⁸ De la seg, i tråd med Vestager, på en nokså nøktern linje, og ga uttrykk for at det må være opp til lovgiver å eventuelt veie hensynet til bærekraft opp mot hensynet til konkurranse.¹⁹ Dette indikerer at konkurransemyndighetene selv skal være varsomme med å gi seg selv et for vidt skjønnsrom i relasjon til hvilke effektivitetsgevinster som skal medregnes. Mundt og Vestager regnes som to av de tyngste stemmene innenfor utviklingen av konkurransepolitikk i dag, og det er et nokså viktig signal i seg selv at de har et relativt likt syn på bærekraft i konkurranseanalysen.

For å ytterligere illustrere temaets aktualitet har også Kommisjonen nylig publisert et utkast til retningslinjer for anvendelsen av TEUV art. 101 på horisontale samarbeid. Dette vil sees nærmere på i oppgavens kapittel 5.3.

1.3 Definisjoner

Begrepet «bærekraft» brukes i oppgaven primært om klima- og miljømessige forhold, selv om bærekraft også kan omfatte blant annet fattigdom og utdanning.²⁰ Oppgaven handler altså primært om det som gjerne kalles «miljømessig bærekraft», og ikke «sosial bærekraft».

I oppgaven er begrepet «ikke-økonomiske» mål brukt en rekke ganger. Dette begrepet er brukt om alle mål i offentlig politikk som ikke handler om det rent økonomiske, eksempelvis mål som bærekraft, folkehelse, sysselsetting, utdanning osv. Begrepet er ikke påvirket av om man kan sette en verdi på målet, eksempelvis regne ut den samfunnsøkonomiske nytteverdien av bedre folkehelse eller mindre utslipp av klimagasser. Motsatsen til begrepet er mål som handler om kostnadsreduksjon, teknologisk utvikling og andre klassiske effektivitetsgevinster.

1.4 Avgrensning

Oppgaven knytter seg til det første vilkåret i krrl. § 10 tredje ledd, og avgrenses mot en grundig redegjørelse for konkurranseloven § 10 og de øvrige vilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd. Oppgaven vil i utgangspunktet konsentreres rundt rekkevidden og forståelsen

¹⁸ Se Gassler (2021) s. 432 og Bundeskartellamt (BKA), *Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis* (2020).

¹⁹ Gassler (2021) s. 432.

²⁰ Tjernshaugen (2022).

av konkurranseloven § 10 tredje ledd og hvilke effektivitetsgevinster som anses som relevante, og da særlig om bærekraft er relevant.

Adgangen til gruppefritak etter krrl. § 10 (4) faller også utenfor oppgavens problemstilling, og vil heller ikke undersøkes nærmere.

Heller ikke andre nærliggende doktriner i EU-retten som nevnes underveis, herunder Wouters-doktrinen, vil behandles inngående.

1.5 Metode og rettskildebilde

1.5.1 Samfunnsøkonomisk effektivitet

Av konkurranseloven § 1 første ledd følger det at lovens formål er å «fremme konkurranse» for å «bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser». Etter sin ordlyd tilsier altså krrl. § 1 at ulike bestemmelser i konkurranseloven bør tolkes på en slik måte at lovregelen sørger for konkurranse mellom bedrifter, for å oppnå økt samfunnsøkonomisk effektivitet.

Konkurransereglene henger dermed tett sammen med økonomisk teori om effektivitet.²¹

Det skal også legges særlig vekt på «forbrukernes interesser» ved anvendelse av konkurransereglene, jf. krrl. § 1 annet ledd. Dette foreligger lite veiledning i hva som ligger i dette, utover at det var viktig for stortingskomiteens flertall å inkludere «forbrukerpolitiske mål».²²

Økonomiske analyser om hva som er samfunnsøkonomisk effektivt vil dermed være helt sentrale for å avgjøre de rettslige spørsmålene innenfor konkurranseretten, herunder spørsmålet om et samarbeid mellom foretak har en konkurransbegrensende virkning, jf. krrl. § 10 første ledd.²³ Dette medfører at økonomiske vurderinger og analyser av hva som gir «effektiv bruk av samfunnets ressurser» er relevant ved anvendelse av konkurranseloven. Denne forståelsen er også lagt til grunn av EFTA-domstolen, som blant annet har uttalt at spørsmålet om en avtale begrenser konkurransen og rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid «er et rettslig spørsmål som må vurderes på bakgrunn av

²¹ Se Kolstad og Ryssdal (2007) s. 52 og Whish og Bailey (2018) s. 5 flg.

²² Ronny Gjendemsjø, *Karnov Lovkommentarer: Konkurranseloven*, § 1 note 3, lovdata.no (lest 8. mai 2022).

²³ Kolstad og Ryssdal (2007) s. 274.

økonomiske betraktninger». ²⁴ Dette underbygger at økonomisk teori er sentral for å fastlegge det nærmere innholdet av krrl. § 10. ²⁵

At vurderingene i så stor grad beror på til dels kompliserte økonomiske analyser kan derimot by på visse forutberegnelighetsspørsmål, og kan gjøre det vanskelig for foretak å forutse sin rettslige stilling. ²⁶

En fordel ved at konkurranselovgivningens formål er tett knyttet sammen med samfunnsøkonomisk effektivitet, er imidlertid at vurderingen blir fleksibel nok til å ta høyde for eventuell utvikling innenfor økonomisk teori. ²⁷ I relasjon til oppgavens problemstilling har det blant annet vært en viss utvikling i form av en mer økonomisk analyse knyttet til anvendelsen av TEUV art. 101, og spørsmålet om konsumentvelferd og effektiv fordeling av ressurser. ²⁸

1.5.2 EU/EØS-rett

Den norske bestemmelsen i konkurranseloven § 10 er i utgangspunktet harmonisert med EU/EØS-retten, og fremstår, med enkelte nasjonale tilpasninger, som en tro kopi av EØS-avtalens art. 53 og TEUV art. 101. ²⁹ Forarbeidene viser til at bestemmelsene i utgangspunktet skal tolkes likt. ³⁰ Derfor vil det være høyst relevant å se til tolkningen av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i EU/EØS-retten, og Høyesterett har i flere avgjørelser bekreftet at rettspraksis fra EØS og EU vil være tungtveiende rettskilder for tolkningen av krrl. § 10. ³¹ Derfor vil også retningslinjene fra EU-kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan (ESA) være relevante for forståelsen av krrl. § 10. ³²

Samtidig må ikke nødvendigvis bestemmelsene tolkes likt, da blant annet reglenes formål, stedlig virkeområde og rettskildebilde kan tale for en ulik anvendelse. ³³ Dette vil diskuteres i

²⁴ Sak E-7/01 *Hegelstad mot Hydro*, avsnitt 27.

²⁵ Evensen og Sæveraas (2009) s. 118.

²⁶ Fredriksen og Mathiesen (2018) side 69.

²⁷ Horspool, Humphreys og Wells-Greco (2016) s. 414.

²⁸ Horspool, Humphreys og Wells-Greco (2016) s. 414.

²⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 224.

³⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68.

³¹ HR-2021-1086-A avsnitt 53.

³² Evensen og Sæveraas (2009) s. 100.

³³ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-04) s. 224 og Evensen og Sæveraas (2009) s. 99.

oppgavens kapittel 6, i en vurdering av om norsk rett kan tolkes avvikende fra EU/EØS-retten på dette området.

At bestemmelsen i stor grad skal tilsvare internasjonal rett fremstår også som et sentralt formål etter forarbeidene.³⁴ I NOU 2003: 12 vises det til at EØS-avtalens materielle innhold hva gjelder forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid skal legges til grunn som modell for den norske loven, og at forbudsbestemmelsene (nåværende § 10 og § 11) «tilsvarer forbudsbestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 (EF-traktaten artikkel 81 og 82)».³⁵ EØS-avtalen gir Norge tilgang på EUs indre marked, og for at denne handelen skal fungere best mulig er det ønskelig å ha felles regler og felles konkurransevilkår innad i EU/EØS.³⁶

For norsk rett er formålet formelt sett harmonisering med EØS-avtalens art. 53.³⁷ Det er likevel på det rene at man må se hen til EU-regelverket og EU-rettslig metode for å tolke den EU-rettslige regelen som er utgangspunktet for den tilsvarende EØS-bestemmelsen.³⁸ Høyesterett nøyter seg dermed ofte med å henvise direkte til EU-rettslige kilder for å tolke krrl. § 10.³⁹ Det kan her være viktig å presisere at oppgavens problemstilling knytter seg til rekkevidden av krrl. § 10 tredje ledd, og ikke TEUV art. 101 tredje ledd, selv om oppgaven altså i betydelig grad vil se hen til europeisk rett.

For ordens skyld kan det nevnes at den relevante bestemmelsen i TEUV nå er artikkel 101, mens den tidligere har vært både art. 81 og art. 85. I den videre fremstilling vil det konsekvent brukes TEUV art. 101 der rettskildene viser til de eldre bestemmelsene.

Det kan også nevnes at dersom samhandelen mellom EØS-land påvirkes av et konkurransebegrensende samarbeid, vil EØS-avtalens art. 53 gjelde direkte.⁴⁰

³⁴ Ronny Gjendemsjø, *Karnov Lovkommentarer: Konkurranseloven*, § 1 note 1, lovdata.no (lest 5. mai 2022).

³⁵ NOU 2003: 12 s. 61.

³⁶ Utenriksdepartementet, *Hva EØS-avtalen omfatter*, (2021).

³⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-04) s. 224.

³⁸ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 294.

³⁹ HR-2021-1086-A avsnitt 67-78.

⁴⁰ Evensen og Sæveraas (2009) s. 99.

1.5.3 Særlig om EØS- og EU-rettslig metode

Rettskilde- og metodelæren i EØS- og EU-retten er noe ulik den tradisjonelle rettskilde- og metodelæren vi kjenner i norsk rett, og det er derfor hensiktsmessig med en kort fremstilling av denne metoden.

EØS-retten kjennetegnes først og fremst av at reglene stort sett skal tolkes etter sin ordlyd, samt at EØS-bestemmelser må tolkes i lys av EU-retten.⁴¹ Dette omtales som homogenitetsprinsippet, og er et resultat av EØS-avtalens målsetning om å integrere EFTA-statene i EUs indre marked.⁴² Homogenitetsprinsippet kommer til uttrykk flere steder, blant annet i EØS-avtalens fortale.⁴³ Prinsippet medfører at det er nødvendig å fortolke og anvende de deler av EØS-regelverket som er hentet fra EU-retten på en «EU-rettskonform» måte, slik at EØS-bestemmelser som tilsvarer EU-bestemmelser blir tolket likt.⁴⁴

Som nevnt innledningsvis svarer EØS-avtalens artikkel 53 til TEUV art. 101, og fremgangsmåten etter homogenitetsprinsippet viser da til en todelt vurdering. Først må man fastlegge riktig forståelse av TEUV art. 101, og deretter må det vurderes om denne løsningen kan overføres til EØS-avtalens art. 53.⁴⁵ I saker om EØS-avtalens art. 53 og 54 har EFTA-domstolen vist til EU-domstolens praksis, og gjennomgående kommet frem til samme resultat.⁴⁶ I den senere fremstillingen vil det derfor i utgangspunktet ikke skilles mellom metodisk tilnærming ved EØS- og EU-retten.

Ved fortolkningen av EU-rettskilder er utgangspunktet at EU-rettslige bestemmelser skal tolkes selvstendig og ensartet, og uavhengig av nasjonal begrepsbruk og nasjonal rettskildelære.⁴⁷ Som i norsk rettskildelære er en naturlig forståelse av ordlyden sentral, noe som imidlertid kan by på utfordringer ettersom EU-retten og dens bestemmelser har opptil 24 autentiske språkversjoner.⁴⁸

⁴¹ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 49.

⁴² Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 50.

⁴³ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (1992) (EØS-avtalen), fortalens femtende betraktning.

⁴⁴ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 49.

⁴⁵ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 294.

⁴⁶ Ronny Gjendemsjø, «Introduction to the competition rules applicable to undertakings» i *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, Finn Arnesen (red.) mfl., Nomos/Hart 2018, s. 525-568, på s. 525 flg.

⁴⁷ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 295.

⁴⁸ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 296.

Deretter er en kontekstuell og formålsorientert tolkning viktig.⁴⁹ Dette fordi de overordnede formål i EU-retten ligger sentralt, og de materielle reglene må tolkes i lys av de overordnede målene i EU og de EU-rettslige prinsippene.⁵⁰ Det fremgår også av traktatene at ulike formål må balanseres innad i EU.⁵¹ En annen fordel ved en slik formålsrettet tolkning er at dette er godt egnet til å møte utfordringene ved at det foreligger 24 ulike, autentiske språkversjoner, ettersom formålet uansett vil være felles.⁵²

Videre vil det, som i norsk rett, være viktig å se hen til rettspraksis. EU-domstolen og EFTA-domstolen er helt sentrale rettskilder i EU- og EØS-retten, og gir viktige avklaringer på hvordan regelverket skal tolkes og anvendes. EU-domstolen avgjør konkrete saker, men bistår også nasjonale domstoler med såkalte «preliminary rulings», hvor nasjonale domstoler ber EU-domstolen om å avklare tolkningen av traktatsbestemmelser, uten at EU-domstolen nødvendigvis avgjør den konkrete saken.⁵³

1.6 Videre fremstilling

I oppgaven vil jeg først presentere krrl. § 10 i sin helhet og deretter se nærmere på vilkårene i krrl. § 10 tredje ledd. Videre vil det sees nærmere på om bærekraft er en relevant gevinst ved anvendelsen av TEUV art. 101 tredje ledd, før jeg vil presentere en drøftelse av hvorvidt bærekraft burde være en relevant gevinst ved anvendelsen av TEUV art. 101 tredje ledd. Deretter vil det vurderes om krrl. § 10 skal forstås likt som TEUV art. 101, eller om det er adgang til en avvikende tolkning slik at bærekraft likevel kan være relevant ved anvendelsen av krrl. § 10 tredje ledd, dersom bærekraft ikke er relevant i TEUV art. 101 tredje ledd.

⁴⁹ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 298.

⁵⁰ Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 299.

⁵¹ TEUV art. 7.

⁵² Fredriksen og Mathiesen (2018) s. 299.

⁵³ Horspool, Humphreys og Wells-Greco (2016) s. 70.

2 Konkurranseloven § 10

2.1 Presentasjon av bestemmelsen

Konkurranseloven § 10 inneholder forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i norsk lovgivning. Bestemmelsen består av fire ledd, hvorav krrl. § 10 første ledd inneholder det generelle forbudet, og krrl. § 10 tredje ledd gir adgang til å påberope seg unntak fra forbudet. Det er bestemmelsens første og tredje ledd som er sentrale for oppgavens tema:

Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt, særlig slike som består i (...)

(...)

Bestemmelsen i første ledd får ikke anvendelse på avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

- a. å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller
- b. å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder

For øvrig viser annet ledd til at avtaler i strid med første ledd ikke skal ha noen rettsvirkning, og fjerde ledd inneholder en adgang til å gi gruppefritak i forskrift. Annet og fjerde ledd skal ikke utdypes nærmere, da disse ikke er sentrale for oppgavens problemstilling.

2.2 Når er konkurranseloven § 10 aktuell?

For at konkurranseloven § 10 første ledd skal komme til anvendelse kreves det at tre vilkår er oppfylt. For det første må det foreligge et samarbeid mellom ulike foretak, i form av en

«avtale», en «beslutning» eller «samordnet opptreden» mellom uavhengige «foretak».⁵⁴ Grensedragningen mellom disse alternativene har vært drøftet i EU/EØS-retten, med det resultat at det ikke er nødvendig å trekke klare skillelinjer.⁵⁵ Begrepene er altså til en viss grad overlappende, og Kommisjonen har uttrykt dette som avtale «and/or» samordnet opptreden.⁵⁶ Bestemmelsen inneholder en ikke-uttømmende liste over ulike typer samarbeid som er forbudt, eksempelvis prissamarbeid, eller oppdeling av marked slik at konkurransen blir lavere. Det går imidlertid en nedre grense mot foretakenes rett til å tilpasse seg etter sine konkurrenters atferd, såkalt «tacit collusion».⁵⁷

For det andre må samarbeidet ha til «formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen». Kjernen her er altså å fastslå om samarbeidet har til formål eller virkning å på en eller annen måte begrense konkurransen.⁵⁸ Skillet mellom «formål» og «virkning» har noe praktisk betydning. Noen typer samarbeid anses for å ha konkurransebegrensende formål i seg selv, eksempelvis prissamarbeid.⁵⁹ For andre typer samarbeid er det nødvendig å gjennomføre en analyse av samarbeidet for å fastslå om samarbeidet har konkurransebegrensende virkning.

Til sist har EU/EØS-retten innfortolket et krav om at virkningen må være merkbar.⁶⁰ Dette er ofte kalt «De minimis-doktrinen» i EU-retten.⁶¹ Ettersom den norske bestemmelsen i utgangspunktet skal gjenspeile de EU/EØS-rettslige bestemmelsene, skal dette kriteriet også innfortolkes ved anvendelsen av krrl. § 10 første ledd.⁶² Merkbarhetskravet medfører at samarbeid som har en ubetydelig innvirkning på konkurransen ikke anses for å være i strid med krrl. § 10 første ledd.⁶³

Merkbarhetskriteriet gjelder imidlertid ikke dersom samarbeidets formål i seg selv er konkurransebegrensende. Dette er lagt til grunn av EU-domstolen i *Expedia*. EU-domstolen slo her fast at dersom samarbeidets formål er å begrense konkurransen vil det ikke være

⁵⁴ Evensen og Sæveraas (2009) s. 98.

⁵⁵ *Commission v Anic Participazioni* [C5] C-49/92, avsnitt 108.

⁵⁶ EUT 1994 L 239/14, *PVC*, avsnitt 30-31.

⁵⁷ *Commission v Anic Participazioni* [C5] C-49/92, avsnitt 116-117.

⁵⁸ Evensen og Sæveraas (2009) s. 117.

⁵⁹ Evensen og Sæveraas (2009) s. 117.

⁶⁰ Evensen og Sæveraas (2009) s. 117.

⁶¹ Whish og Bailey (2018) s. 147.

⁶² Konkurransetilsynet, *Forbud mot konkurransebegrensende samarbeid*, (2014) s. 2.

⁶³ Evensen og Sæveraas (2009) s. 117.

nødvendig å vise at konkurransen faktisk har en merkbar effekt, ettersom formålet i seg selv er tilstrekkelig for å fastslå brudd på TEUV art. 101.⁶⁴

⁶⁴ *Expedia Inc v Autorité de la Concurrence* [C5] C-226/11, avsnitt 37.

3 Konkurranseloven § 10 tredje ledd

3.1 Generelt

Som tidligere nevnt åpner konkurranseloven § 10 tredje ledd for at samarbeid som oppfyller visse vilkår kan være unntatt forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i krrl. § 10 første ledd. Før 2004 ga bestemmelsen hjemmel til konkurransemyndighetene for å innvilge individuelle unntak, men etter Rådsforordning 1/2003 gjelder bestemmelsen direkte.⁶⁵ Dette innebærer at bedrifter selv må avgjøre om samarbeidet er forbudt etter krrl. § 10, eller om det oppfyller vilkårene i krrl. § 10 tredje ledd og dermed er omfattet av unntaket uten nærmere involvering fra konkurransemyndighetene.⁶⁶ Det er bedriftene selv som har bevisbyrden for at vilkårene i tredje ledd er oppfylt.⁶⁷

Oppgaven skal konkret se på om bærekraft er en relevant gevinst ved vurderingen av om samarbeidet bidrar til å «bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling», jf. krrl. § 10 tredje ledd, men det vil først være nødvendig med en oversiktlig fremstilling av vilkårene i krrl. § 10 tredje ledd og TEUV art. 101 tredje ledd.

Som nevnt innledningsvis antas unntaksbestemmelsen å være gunstig fordi et konkurransebegrensende samarbeid i noen tilfeller kan medføre samfunnsøkonomiske gevinster som veier opp for det samfunnsøkonomiske tapet som følger av den reduserte konkurransen.⁶⁸ Sett fra et samfunnsøkonomisk synspunkt er det i utgangspunktet ønskelig å tillate et samarbeid dersom samarbeidet vil føre til netto samfunnsøkonomisk gevinst.

3.2 Oversikt over vilkårene

Konkurranseloven § 10 tredje ledd har fire kumulative vilkår, som alle må være oppfylt for at et samarbeid som i utgangspunktet er forbudt etter første ledd likevel vil være tillatt. Dette

⁶⁵ Rådsforordning 1/2003, artikkel 1 og 2.

⁶⁶ Whish og Bailey (2018) s. 158.

⁶⁷ Konkurransetilsynet, *Unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid*, (2008) s. 1.

⁶⁸ Konkurransetilsynet, *Unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid*, (2008) s. 1.

følger av ordlyden i tredje ledd som klart viser til at «første ledd får ikke anvendelse» på konkurransebegrensende samarbeid dersom samarbeidet oppfyller vilkårene i tredje ledd.

For enkelthetens skyld vil det i det følgende benyttes samlebetegnelsen «samarbeidet» for å beskrive «avtaler, beslutninger og samordnet opptreden», jf. krrl. § 10 første ledd.

For det første må samarbeidet mellom foretakene «bedre produksjonen eller fordelingen av varene», eller fremme den «tekniske eller økonomiske utvikling», jf. krrl. § 10 tredje ledd. Det tilsvarende vilkåret i TEUV art. 101 tredje ledd er formulert som at det kreves «an improvement in the production or distribution of good or in technical or economic progress». Dette er det sentrale vilkåret for oppgavens problemstilling, og vil derfor gjennomgå nærmere i oppgavens kapittel 4.

Videre må samarbeidet «sikre forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd». Etter TEUV art. 101 må forbrukerne få en «fair share of the resulting benefit». Ordlyden peker klart på at den eventuelle samfunnsøkonomiske gevinsten av samarbeidet også må komme forbrukerne til gode. Etter sin ordlyd er det altså klart at et samarbeid som er gunstig for bedriftene, og etterlater forbrukerne på status quo, ikke kan være unntatt forbudet i første ledd. Dette er også lagt til grunn av EU-domstolen i saken *Consten and Grundig*, hvor EU-domstolen uttalte at gevinsten av samarbeidet må gi samfunnet «appreciable objective advantages of such a character as to compensate for the disadvantages which they cause in the field of competition». ⁶⁹ Det fremgår imidlertid ikke av ordlyden hvor stor andel forbrukerfordelen må være sammenlignet med bedriftenes for at det skal være «rimelig», og praksis om dette vil ikke belyses nærmere.

I tillegg foreligger det to negative vilkår. Av krrl. § 10 tredje ledd bokstav a følger det at unntaket kun kommer til anvendelse dersom samarbeidet ikke pålegger foretakene restriksjoner som ikke er «absolutt nødvendige» for å oppnå de ønskede gevinster. TEUV art. 101 viser til at samarbeidet ikke må «impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives».

Ordlyden tyder her på en høy terskel, og innebærer at de restriksjoner som blir pålagt foretakene gjennom samarbeidet må være helt nødvendige for å oppnå de positive effektene, og at gevinstene ikke kan ha vært oppnåelige med tiltak som har en mindre negativ effekt på

⁶⁹ *Consten and Grundig v Commission* [C7] forente saker 56/64 og 58/54, s. 348.

konkurransen. Dersom de samme positive effekter kunne vært oppnådd uten det konkurransebegrensende samarbeidet, er vilkåret ikke oppfylt.

Krrl. § 10 tredje ledd bokstav b oppstiller videre krav om at samarbeidet ikke skal kunne utelukke konkurranse for en «vesentlig del» av markedet, og i TEUV art. 101 er dette uttrykt som at samarbeidet ikke må gi foretakene muligheten til å «eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question». Vilkåret innebærer altså at det fortsatt må være tilstrekkelig konkurranse igjen i markedet. I visse tilfeller vil altså ikke tredje ledd komme til anvendelse, selv om samarbeidet ville gitt positive nettoeffekter, fordi konkurransen i det vesentlige blir eliminert.

3.3 Sammenhengen mellom TEUV art. 101 første ledd og TEUV art. 101 tredje ledd

På grunn av den nære sammenhengen mellom forbudet i første ledd og unntaket i tredje ledd, er det sentralt å forstå samspillet mellom første og tredje ledd, i både krrl. § 10 og TEUV art. 101. Whish og Bailey viser til at man kan forstå TEUV art. 101 som at første ledd er en vurdering av om et samarbeid mellom bedrifter fører til en ineffektiv allokering av ressursene, mens tredje ledd åpner for å likevel tillate slikt samarbeid dersom det fører til en kompensasjon i form av økt produksjonseffektivitet.⁷⁰

Dette er også måten Odudu forklarer bestemmelsen. Han viser eksempelvis til et samarbeid som gir lavere produksjonskostnad grunnet stordriftsfordeler, hvor det da blir sentralt å se om produksjonsgevinstene gjennom stordriftsfordelene er større enn tapet som følger av lavere konkurranse.⁷¹

På den annen side argumenterer Townley for at forbrukernes ulemper og fordeler kan avveies i vurderingen under første ledd, altså at samarbeidet i seg selv ikke skal anses for å være i strid med første ledd dersom forbrukernes gevinst er større enn tapet som følge av redusert konkurranse.⁷² Videre mener han at tredje ledd eksisterer for at effektivitetsgevinster som ikke gagnar forbrukeren, det han kaller for «public policy implications», skal kunne hensyntas og

⁷⁰ Whish og Bailey (2018) s. 164.

⁷¹ Odudu (2006) s. 134.

⁷² Townley (2009) s. 254.

potensielt medføre at samarbeid som i utgangspunktet er forbudt etter første ledd likevel skal kunne aksepteres etter tredje ledd.⁷³

Synspunktet Townley fremmer har imidlertid ingen støtte i ordlyden av TEUV art. 101 første ledd, som ikke legger opp til et skille mellom gevinster knyttet til forbrukervelferd og effekter etter offentlige mål. Townley fremstår nokså alene om dette synspunktet, og domstolene har heller ikke lagt dette synet til grunn.

Generics-saken i EU-domstolen fra 2020 er aktuell her. Det ble uttalt at «when the parties to that agreement rely on its pro-competitive effects, those effects must, as elements of the context of that agreement, be duly taken into account for the purpose of its characterisation as a ‘restriction by object’». ⁷⁴ Dette medfører altså at eventuelle konkurransefremmende effekter tilsynelatende kan vurderes allerede i TEUV art. 101 første ledd og vilkåret om formålsrestriksjon. Saken bryter noe med det tradisjonelle synet om at samarbeidets eventuelle konkurransefremmende effekter skal vurderes etter tredje ledd.⁷⁵ I avgjørelsen legges det vekt på å inkludere positive virkninger på konkurransen i vurderingen av om det i det hele tatt foreligger et konkurransebegrensende formål etter første ledd, slik at vurderingen etter tredje ledd kun beror på de typiske effektivitetsgevinster.⁷⁶ Avgjørelsen legger dermed opp til et skille mellom gevinster som er konkurransefremmende og øvrige gevinster.

Om dette vil påvirke anvendelsen av TEUV art. 101, og eventuelt hvordan, gjenstår å se i praksis fremover. Ved å flytte konkurransefremmende effekter inn i vurderingen i første ledd, vil man i noen tilfeller kunne unngå problematikken med den snevre ordlyden i tredje ledd dersom samarbeidet fører til konkurransefremmende effekter som ikke omfattes av ordlyden i tredje ledd. Det vil for øvrig sees nærmere på dommen i oppgavens kapittel 4.5.

Det fremstår likevel, ut fra bestemmelsens oppbygning og system, hensiktsmessig å opprettholde den tradisjonelle forståelsen av samspillet mellom første og tredje ledd. En slik forståelse innebærer at man vurderer konkurranseskadelige effekter under første ledd, og så veier det opp mot eventuelle positive effekter etter tredje ledd for å vurdere om samarbeidet skal tillates.

⁷³ Townley (2009) s. 254.

⁷⁴ *Generics* [5C] C-307/18 avsnitt 103.

⁷⁵ Lusty og King (2018) avsnitt 3.012.

⁷⁶ Ronny Gjendemsjø, *Karnov Lovkommentarer: Konkurranseloven*, § 10 note 9, lovdata.no (lest 5. mai 2022).

4 Rekkevidden av vilkåret om effektivitetsgevinster

4.1 Generelt

Det aktuelle vilkåret i krrl. § 10 tredje ledd viser som nevnt til hvilke typer gevinster som er relevante for å være unntatt forbudet i første ledd. Kravet etter dette vilkåret er at samarbeidet må «bedre produksjonen eller fordelingen av varene» eller «fremme den tekniske eller økonomiske utvikling».

Som tidligere nevnt blir det i denne vurderingen nødvendig å se hen til TEUV art. 101 tredje ledd for å forstå bestemmelsen i krrl. § 10 tredje ledd. I TEUV art. 101 er det tilsvarende vilkåret formulert som at samarbeidet må føre bidra til «improving the production or distribution of goods» eller «to promoting technical or economic progress».

Spørsmålet som skal belyses i det videre er altså hvorvidt bærekraft er en relevant gevinst i unntaket fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Som nevnt er dette i teorien gjerne formulert som om man skal forstå vilkåret i snever eller vid forstand.⁷⁷

4.2 Ordlyden

Ordlyden viser til alternative vilkår, som altså medfører at en positiv gevinst kan være grunnlag for unntak fra forbudet i først ledd så lenge minst ett av vilkårene er oppfylt.

Ordlyden viser til at samarbeid kan være tillatt dersom samarbeidet bidrar til å «bedre produksjonen eller fordelingen av varene», eller «improving the production or distribution of goods». En naturlig språkforståelse av dette kan i utgangspunktet forstås nokså vidt, ettersom det ikke fremgår på hvilken måte produksjonen eller fordelingen av varene må bedres. Ettersom ordlyden her ikke sier noe om hvilken måte produksjonen må være bedret på, kan en derfor ta til orde for at eksempelvis reduserte utslipp av klimagasser ved produksjonen er å anse som en forbedret produksjon, og dermed relevant. Samtidig er teorien nokså samstemt på

⁷⁷ Whish og Bailey (2018) s. 163.

at ordlyden i utgangspunktet kun omhandler samfunnsøkonomiske og objektive effektivitetsgevinster.⁷⁸ Sentrale forbedringer her synes å være mer effektiv produksjonen eller distribusjon, eksempelvis på grunn av stordriftsfordeler.⁷⁹

Alternativt kan samarbeidet mellom foretakene fremme den «tekniske eller økonomiske utvikling». Det tilsvarende vilkåret i TEUV art. 101 er formulert som at det kreves «technical or economic progress». Dette er sentrale effektivitetsgevinster, som gir anvisning på målbare og objektive fremskritt av teknisk eller økonomisk art. Dette viser tydelig at samarbeid som eksempelvis gir teknisk framgang eller innovasjon er relevant for å vurdere unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Hva som ligger i økonomiske utvikling er noe mer usikkert, og det foreligger lite veiledning i forarbeider og praksis.⁸⁰

Isolert sett fremstår det derfor som at ordlyden kun åpner for unntak i situasjoner der samarbeidet gir effektivitetsgevinster i form av kostnadsreduksjoner i produksjon eller distribusjon, eller der samarbeidet fører til nye og bedre produkter eller tjenester. Dette taler derfor med tyngde for en heller snever anvendelse av unntaksbestemmelsen i TEUV art. 101 tredje ledd, og at hensynet til bærekraft og andre ikke-økonomiske gevinster ikke er relevant. Whish og Bailey beskriver dette som at ordlyden legger opp til en såkalt «efficiency standard», hvor det nettopp er økonomisk effektivitet som er relevant.⁸¹ Dette er tilsynelatende også forståelsen i norsk rett.⁸²

Townley argumenter for å legge noe mindre vekt på ordlyden. Han viser til at ordlyden riktignok er snever, men at ordlyden ikke har vært endret siden 1957, og at EU i sin helhet har blitt vesentlig større og mer altomfattende enn unionen var i 1957. Man har fått en rekke nye formål inn i lovgivningen, og traktatene omfatter en rekke områder som ikke var omfattet i 1957.⁸³ Dette fremstår i seg selv som et godt argument for å legge mindre vekt på at ordlyden trekker i retning av en snever adgang til å se på ulike positive effekter.

Odudu er inne på noe av det samme. Han viser blant annet til at utvidelsen av EU-retten fra «an economic community» til «the creation of a social or citizens Community» trekker i retning av at ordlyden nettopp må tolkes i lys av traktatens øvrige formål, herunder målet om

⁷⁸ Se Kolstad og Ryssdal (2007) s. 297 flg. og Whish og Bailey (2018) s. 162.

⁷⁹ Se Olav Kolstad, *Norsk Lovkommentar: Konkurranseloven*, note 87 og 89, Rettsdata.no (lest 5. mai 2022).

⁸⁰ Olav Kolstad, *Norsk Lovkommentar: Konkurranseloven*, note 92, Rettsdata.no (lest 5. mai 2022).

⁸¹ Whish og Bailey (2018) s. 163.

⁸² Evensen og Sæveraas (2009) s. 170.

⁸³ Townley (2009) s. 65.

«sustainable development», jf. TEUV art. 11.⁸⁴ En slik teleologisk tolkning kan tale for en videre forståelse av vilkåret og at ordlyden dermed skal ha noe mindre vekt.

4.3 Rettstilstanden i EU før 2004

Mye av usikkerheten rundt dagens rettstilstand skyldes særlig Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av TEUV artikkel 101 tredje ledd fra 2004 og manglende avklaring i rettspraksis etter dette. Det er derfor hensiktsmessig å undersøke rettstilstanden før 2004, og deretter vurdere om retningslinjene kan sies å ha vesentlig endret rettstilstanden.

Det vil i det videre først vises til rettskilder om bærekraft, som er av direkte betydning for oppgavens problemstilling, og deretter vil det sees hen til rettskilder om andre ikke-økonomiske effektivitetsgevinster, som kan si noe mer generelt om rekkevidden av det aktuelle vilkåret i TEUV art. 101 tredje ledd.

4.3.1 Adgangen til å ta hensyn til bærekraft

En mye sitert avgjørelse fra Kommisjon er den såkalte *CECED*-saken fra 1999, som er helt sentral som en illustrasjon på avveiningen mellom konkurranse og hensynet til bærekraft ved vurderingen av unntaksbestemmelsen i TEUV art. 101 tredje ledd.⁸⁵ Saken omhandlet et samarbeid mellom produsenter av diverse hvitevarer, der bedriftene ble enige om å ikke lenger produsere eller importere vaskemaskiner med lav energieffektivitet.⁸⁶ Dette ville redusere konkurransen og forbrukernes valgmulighet i markedet.⁸⁷ Avtalen mellom bedriftene oppfylte også merkbarhetskriteriet, og det var dermed ikke tvilsomt at samarbeidet i utgangspunktet var i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, jf. TEUV art. 101 første ledd.⁸⁸

Spørsmålet var imidlertid om samarbeidet likevel skulle godkjennes, ettersom samarbeidet ville føre til en reduksjon av energibruk på opp mot 15-20%.⁸⁹ Dette ville igjen kunne føre til både lavere strømforbruk og strømrregning for den enkelte forbruker, men også til lavere

⁸⁴ Odudu (2006) s. 161.

⁸⁵ Odudu (2006) s. 161.

⁸⁶ *CECED* avsnitt 19-20.

⁸⁷ *CECED* avsnitt 32.

⁸⁸ *CECED* avsnitt 46.

⁸⁹ *CECED* avsnitt 47.

energibruk på samfunnsnivå, som ville føre til «collective environmental benefits».⁹⁰

Kommisjonen viste til at samarbeidet var «likely to deliver both individual and collective benefits for users and consumers».⁹¹

Kommisjonen fastslo her at både lavere strømregning for de individuelle forbrukerne, og den positive miljøeffekten på samfunnsnivå, var effekter som ville falle innunder ordlyden av «economic or technical progress and conferment of benefits on the consumer». Samarbeidet kunne dermed omfattes av unntaksbestemmelsen i TEUV art. 101 tredje ledd.⁹² Lavere strømregning for forbrukerne er i kjernen av bestemmelsen, og er en klar effektivitetsgevinst som kommer forbrukerne til gode. I utgangspunktet synes dette å være tilstrekkelig til å oppfylle vilkårene i unntaksbestemmelsen.

Angående den kollektive samfunnsgevinsten viste Kommisjonen deretter til at «account can also be taken of the costs of pollution».⁹³ Denne uttalelsen må forstås som at objektive, målbare positive samfunnsgevinster av samarbeidet ble ansett for å være relevant, her i form av reduserte utslipp. Kommisjonen viste til at selv om ikke et lavere globalt utslippsnivå kommer den enkelte forbruker direkte til gode, ville samfunnsgevinsten av lavere utslipp være mer enn syv ganger så stor som prisøkningen på vaskemaskiner. Det uttrykkes også at «[s]uch environmental results for society would adequately allow consumers a fair share of the benefits even if no benefits accrued to individual purchasers of machines», noe som tydelig indikerer at Kommisjonen også anså klimagevinster som relevante etter bestemmelsen.⁹⁴ At Kommisjonen i liten grad problematiserte «fair share»-vilkåret når kjøpere av vaskemaskinene i realiteten måtte betale for gevinsten som tilfaller det øvrige samfunnet, er imidlertid kritisert i teorien.⁹⁵

Denne saken er i ettertid blitt et sterkt argument for å legge til grunn en vid forståelse av vilkåret, og taler med styrke for at bærekraftsgevinster var ansett som relevante. Samtidig kan avgjørelsen forstås som at de individuelle gevinstene var tilstrekkelig, og at uttalelsene om de kollektive gevinstene av redusert utslipp dermed bare er å anse som et obiter dictum, slik

⁹⁰ *CECED* avsnitt 52-57.

⁹¹ *CECED* avsnitt 51.

⁹² Whish og Bailey (2018) s. 166.

⁹³ *CECED* avsnitt 55.

⁹⁴ *CECED* avsnitt 56.

⁹⁵ Faull og Nikpay (2007) avsnitt 3.408.

blant annet Gassler antyder.⁹⁶ Dette svekker dermed den rettskildemessige vekten av dommen noe, og det er usikkert om saken hadde fått samme utfall uten de individuelle gevinstene.

Townley på sin side mener Kommisjonen forsøkte å utvide ordlyden til å også omfatte miljøhensynet, uten at miljøhensynet egentlig passer inn den økonomiske analyse ordlyden viser til.⁹⁷ Han kritiserer Kommisjonen for å ikke ha vært tydelige nok i å uttrykke at det er hensynet til miljø, og ikke økonomi, som begrunnet at unntaksbestemmelsen i TEUV art. 101 tredje ledd kom til anvendelse i saken.⁹⁸ Avgjørelsen hadde antagelig hatt noe større rettskildemessig vekt i spørsmålet om bærekraft er relevant dersom Kommisjonen hadde vært tydelige på at miljøhensynet var avgjørende.

En annen kommisjonsavgjørelse hvor også miljøhensyn vektlagt er *DSD*.⁹⁹ Saken gjaldt det tyske avfallshåndteringssystemet DSD, som hadde inngått konkurransebegrensende avtaler med bedrifter som håndterte avfall.

Kommisjonen innvilget et individuelt unntak på grunn av at avtalen, i tillegg til å generere stordriftsfordeler, ga en «direct practical effect to environmental objectives» som fulgte av et EU-direktiv om emballasje og emballasjeavfall.¹⁰⁰ Igjen indikerte altså Kommisjonen at private samarbeid som bidro til å oppnå visse bærekraftsgevinster kunne være omfattet av TEUV art. 101 tredje ledd.

Monti hevdet derfor i 2002 at disse kommisjonsvedtakene tydet på at miljøvern var i ferd med å bli et helt sentralt hensyn i Kommisjonens praksis, og at dette var rettskildemessig forsvarlig fordi bærekraft ble høyt prioritert i traktatene.¹⁰¹

4.3.2 Adgangen til å ta hensyn til øvrige ikke-økonomiske effekter

Det finnes også flere tilfeller i praksis der andre ikke-økonomiske gevinster ble vektlagt i vurderingen av unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid etter TEUV art.

⁹⁶ Gassler (2021) s. 439.

⁹⁷ Townley (2009) s. 84.

⁹⁸ Townley (2009) s. 84-85.

⁹⁹ EUT 2001 L 319/1, *DSD*.

¹⁰⁰ *DSD* avsnitt 143-145.

¹⁰¹ Monti (2002) s. 1075.

101 tredje ledd.¹⁰² Dette kan være relevant å se nærmere på ettersom det kan si noe generelt om rettstilstanden for anvendelsen av det aktuelle vilkåret.

Metro-saken fra 1976 handlet om det tyske foretaket SABA, som produserte og distribuerte diverse elektronikk-system, og drev et selektivt distribusjonssystem.¹⁰³ Selskapet Metro gikk til sak da SABA ikke ville godkjenne de som grossist, og påstod at dette var en overtredelse av TEUV art. 101. Kommisjonen anså forholdet for å ikke være i strid med TEUV art. 101, og Metro anket til EU-domstolen. EU-domstolen kom til at noen deler av SABAs distribusjonssystem var i strid med TEUV art. 101 første ledd, men at det var grunnlag for individuelt unntak etter TEUV art. 101 tredje ledd.¹⁰⁴ Kommisjonens opprinnelige vedtak ble dermed opprettholdt og Metro sin klage forkastet.¹⁰⁵

I denne saken ble sysselsettingshensyn vektlagt som et relevant hensyn. EU-domstolen viste til at sysselsetting var en relevant gevinst etter det første vilkåret i TEUV art. 101 tredje ledd, og at samarbeidet hadde positive effekter for arbeidsmarkedet ettersom samarbeidet forbedret produksjonsvilkårene i markedet. Det ble lagt til grunn at «the establishment of supply forecasts for a reasonable period constitutes a stabilizing factor with regard to the provision of employment which, since it improves the general conditions of production, especially when market conditions are unfavourable, comes within the framework of the objectives to which reference may be had pursuant to Article [101] (3)».¹⁰⁶

Det man kan trekke ut av saken er særlig at Kommisjonen anså de generelle produksjonsforholdene, herunder stabilitet i arbeidsmarkedet, som en relevant gevinst ved anvendelsen av TEUV art. 101 tredje ledd.¹⁰⁷ Dette viser tydelig at EU-domstolen på dette tidspunktet ikke så seg tjent med en streng og snever forståelse av unntaket fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, og at EU-domstolen her mente at ordlyden måtte tolkes utvidende i en slik grad at generelle forhold rundt produksjonen var relevante.¹⁰⁸

Avgjørelsen bygget altså på hensynet til sysselsetting, og arbeidspolitiske hensyn har nettopp vært sentralt som et generelt mål i unionen. Dette taler for at en formålsrettet tolkning, hvor

¹⁰² Lusty og King (2018) avsnitt 3.051 flg.

¹⁰³ *Metro* [9C] C-26/76.

¹⁰⁴ *Metro* [9C] C-26/76 avsnitt 42 flg.

¹⁰⁵ *Metro* [9C] C-26/76 avsnitt 51.

¹⁰⁶ *Metro* [9C] C-26/76 avsnitt 43.

¹⁰⁷ Monti (2002) s. 1071.

¹⁰⁸ Townley (2009) s. 65.

andre målsettinger i EU som ikke nødvendigvis fremkommer av ordlyden i TEUV art. 101 tredje ledd, også må være relevante i anvendelsen av bestemmelsen. Odudu viser blant annet til denne avgjørelsen for å illustrere at EU-domstolen tidligere har anvendt en teleologisk tolkning av konkurransebestemmelsene for å oppnå øvrige målsetninger i unionen.¹⁰⁹

En annen sentral kommisjonsavgjørelse fra 1992 gjaldt også hensynet til sysselsetting. Saken handlet om et samarbeid mellom Ford og Volkswagen som ønsket å opprette et «joint venture company» for å utvikle og produsere «multi-purpose vehicle».¹¹⁰ Spørsmålet i saken var om foretakene kunne omfattes av unntaket mot konkurransebegrensende samarbeid i TEUV art. 101 tredje ledd, blant annet på bakgrunn av samarbeidets positive effekt i form av flere arbeidsplasser i distriktet.

Kommisjon kom til at samarbeidet kunne godtas. Dette var særlig begrunnet i at det faktisk ville kunne føre til økt konkurranse i et marked hvor Renault allerede hadde en betydelig markedsposisjon, og at Ford og Volkswagen skulle konkurrere i salgssituasjonen ettersom samarbeidet kun skulle omhandle utviklingen og produksjonen av kjøretøyet.¹¹¹

Det interessante for oppgavens problemstilling var imidlertid at Kommisjonen tilsynelatende i sin helhetsvurdering også la vekt på positive effekter knyttet til sysselsettings- og distriktshensyn.¹¹² Kommisjonen fant videre grunn til å nevne at dette hensynet i seg selv ikke hadde vært tilstrekkelig, men at det kun var brukt som en type støtteargument, gjennom formuleringen: «This would not be enough to make an exemption possible unless the conditions of Article [101] (3) were fulfilled, but it is an element which the Commission has taken into account».¹¹³

Saken ble anket til Underretten, som også slo fast at man ikke kunne si at Kommisjonen hadde vektlagt hensyn det ikke var anledning til å vektlegge, blant annet fordi saken ville fått samme utfall også uten disse hensyn.¹¹⁴

Denne saken viser tydelig at Kommisjonen på dette tidspunktet så på sysselsettingshensyn, altså en ikke-økonomisk effektivitetsgevinst, som relevant ved vurderingen av unntak fra

¹⁰⁹ Odudu (2006) s. 160.

¹¹⁰ EUT 1993 L 20/14, *Ford/Volkswagen* avsnitt 1.

¹¹¹ Se Evensen og Sæveraas (2009) s. 170 og *Ford/Volkswagen* avsnitt 37-38.

¹¹² *Ford/Volkswagen* avsnitt 36.

¹¹³ *Ford/Volkswagen* avsnitt 36.

¹¹⁴ Se Whish og Bailey (2018) s. 165 og *Matra Hachette SA v Commission*, T-17/93, avsnitt 139.

forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Dette kan dermed tilsi at Kommisjonen på daværende tidspunkt også ville ha åpnet for at positive bærekraftseffekter hadde vært relevant. I teorien blir denne dommen vist til som et klart eksempel på at Kommisjonen, i vurderingen av individuelt unntak etter TEUV art. 101 tredje ledd, var villig til å avveie hensynet til konkurranse mot hensynet til andre målsetninger etter TEUV art. 2.¹¹⁵

Samtidig ble ikke-økonomiske effekter kun brukt som et tilleggsargument, og sysselsettingshensynet var ikke avgjørende for sakens utfall. Det er derfor vanskelig å skulle trekke slutninger om i hvilken grad Kommisjonen anså at sysselsettingshensyn i seg selv kunne begrunne unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.

En annen sak fra Underretten, *Metropole Television*, omhandlet et kommisjonsvedtak som en rekke selskaper ønsket å annullere, på bakgrunn av at selskapene mente Kommisjonen hadde lagt til grunn en uriktig anvendelse av TEUV art. 101 tredje ledd.¹¹⁶ Underretten omgjorde vedtaket på grunn av at Kommisjonen ikke hadde vist til at samarbeidet var «indispensable».¹¹⁷ Underretten viste her til at «in the context of an overall assessment, the Commission is entitled to base itself on considerations connected with the pursuit of the public interest in order to grant exemption under Article [101(3)]»¹¹⁸

Dette er en svært vid uttalelse, som isolert sett taler klart for at TEUV art. 101 tredje ledd kan tolkes videre enn sin ordlyd, og at offentlige interesser kan være relevante i vurderingen.¹¹⁹ Samtidig er det ikke klart om Underretten anser offentlige interesser for å være en del av en helhetsvurdering, eller om slike ikke-økonomiske gevinster kan være tilstrekkelig.

Denne avgjørelsen er som nevnt avsagt av Underretten og har dermed noe begrenset vekt, men avgjørelsen har ikke blitt direkte motsagt i senere praksis av EU-domstolen. Den underbygger dermed at rettsstilstanden på dette tidspunktet i alle tilfeller tilsa at ikke-økonomiske gevinster som relevante, selv om det fortsatt fremstår noe uklart om ikke-økonomiske gevinster i seg selv kan begrunne unntak.

Praksis viser altså nokså klart at ikke-økonomiske gevinster, herunder bærekraft, var relevante i vurderingen av TEUV art. 101 tredje ledd før 2004. Det må imidlertid påpekes at det

¹¹⁵ Odudu (2006) s. 161.

¹¹⁶ *Métropole télévision v Commission*, forente saker T-528/93 etc.

¹¹⁷ *Métropole télévision* avsnitt 99.

¹¹⁸ *Métropole télévision* avsnitt 118.

¹¹⁹ Townley (2009) s. 67.

gjennomgående er uklart om bærekraft og andre ikke-økonomiske hensyn i seg selv ville begrunnet individuelt unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, ettersom det i de aktuelle sakene regelmessig også var øvrige positive effekter av teknisk og økonomisk art, som reduserte produksjonskostnader eller medførte andre kostnadsbesparelser for den enkelte forbruker.¹²⁰

4.4 EU-kommisjonens retningslinjer

Det er EU-kommisjonen som tradisjonelt sett har hatt ansvaret for å utvikle, implementere og håndheve konkurranseretten.¹²¹ Europarådet er lovgivende myndighet i EU, men på konkurranserettenens område har rådet delegert sentrale oppgaver til EU-kommisjonen, herunder myndighet til å håndheve TEUV art. 101.¹²²

Derfor er Kommisjonens retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av konkurransereglene, herunder kartellforbudet, av rettskildemessig vekt i EU. Retningslinjer fra Kommisjonen er ansett som «soft law», som ikke anses en tungtveiende og bindende rettskilde, slik EU-domstolen har fastslått i blant annet *Expedia*. Saken gjaldt Kommisjonens notat angående terskelen for merkbarhetsvilkåret, og EU-domstolen var tydelig på at slike Kommisjonsnotat ikke var bindende for medlemsstatene.¹²³ Det nevnes for øvrig at ESA har publisert en tilsvarende versjon for EØS-avtalens art. 53 nr. 3, med identisk innhold som Kommisjonens retningslinjer for anvendelsen av TEUV art. 101 tredje ledd.¹²⁴ Konkurransetilsynet har også direkte vist til ESAs retningslinjer, så det er liten tvil om at Kommisjonens retningslinjer i praksis også har noe rettskildemessig vekt i Norge.¹²⁵

Slike retningslinjer er imidlertid som nevnt ansett som «soft law», som ikke kan sees på som en tungtveiende rettskilde.¹²⁶ Det er derfor fortsatt noe rom for bedrifter til å argumentere for at retningslinjene ikke gir uttrykk for gjeldende rett, og at bærekraft derfor fortsatt er relevant i TEUV art. 101 tredje ledd, i tråd med tidligere rettspraksis.¹²⁷

¹²⁰ Monti (2002) s. 1074.

¹²¹ Horspool, Humphreys og Wells-Greco (2016) s. 413.

¹²² Whish og Bailey (2018) s. 54.

¹²³ *Expedia Inc v Autorité de la Concurrence* [C5] C-226/11, avsnitt 29.

¹²⁴ Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3 (2007).

¹²⁵ Konkurransetilsynet, *Unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid*, (2008) s. 4.

¹²⁶ Horspool, Humphreys og Wells-Greco (2016) s. 76.

¹²⁷ Whish og Bailey (2018) s. 167-168.

I 2004 kom Kommisjonen med nye retningslinjer for tolkningen av TEUV art. 101 tredje ledd.¹²⁸ Rettstilstanden i etterkant av retningslinjene er tilsynelatende mer uklar enn det avgjørelsene fra før 2004 tilsier, særlig fordi domstolene ikke har avklart spørsmålet i etterkant av 2004.¹²⁹

Kommisjonens retningslinjer viser til at det kun er de objektive effektivitetsgevinster som er relevante.¹³⁰ De legger dermed opp til samme snevre forståelse som følger av ordlyden, der kun den økonomiske effektivitet er relevant.¹³¹ Dette gjør de blant annet gjennom å ha overskriften «efficiency gains» før drøftelsen av rekkevidden av at vilkåret i TEUV art. 101 TEUV.¹³² Dette tyder dermed på at andre, ikke-økonomiske gevinster ikke er relevante.¹³³ Whish og Bailey mener at denne overskriften i seg selv fjerner all tvil om Kommisjonens synspunkt, og at dette er et klart argument for at ikke-økonomiske effektivitetsgevinster ikke er relevante ved vurderingen.¹³⁴

Når retningslinjene videre beskriver ulike typetilfeller av effektivitetsgevinster vises det da også kun til økonomiske effektivitetsgevinster, herunder «cost efficiencies» og «quality efficiencies», som også gir en indikasjon på at det kun er slike typer gevinster Kommisjonen har ansett relevant.¹³⁵ Dette blir ikke påvirket nevneverdig av at Kommisjonen selv viser til at denne listen over effektivitetsgevinster ikke er ment å være uttømmende, ettersom det ikke foreligger andre holdepunkter på at også ikke-økonomiske hensyn er relevant.¹³⁶

Videre utdypes det at effektivitetsgevinstene ikke kan måles ut fra perspektivet til et enkelt foretak. Følgelig vil et samarbeid som kun gagnar produsentene, men ikke skaper noen øvrige effektivitetsgevinster, ikke være relevant for vurderingen etter TEUV art. 101 tredje ledd.¹³⁷ Et sentralt poeng her er blant annet de fire kriteriene som Kommisjonen fremsetter i avsnitt 51, og særlig kravet om at følgene av den påståtte effektivitetsgevinsten må være objektiv og målbar.¹³⁸ Dette er imidlertid interessant fra et bærekrafts-synspunkt, ettersom man kan regne

¹²⁸ Retningslinjer for anvendelsen av TEUV artikkel [101] tredje ledd (2004).

¹²⁹ Ronny Gjendemsjø, *Karnov Lovkommentarer: Konkurranseloven*, § 10 note 10, lovdata.no (lest 5. mai 2022).

¹³⁰ Retningslinjer for anvendelsen av TEUV artikkel [101] tredje ledd (2004) avsnitt 49.

¹³¹ Whish og Bailey (2018) s. 164.

¹³² Retningslinjer for anvendelsen av TEUV artikkel [101] tredje ledd (2004) punkt 3.2.

¹³³ Whish og Bailey (2018) s. 167.

¹³⁴ Whish og Bailey (2018) s. 167.

¹³⁵ Retningslinjer for anvendelsen av TEUV artikkel [101] tredje ledd (2004) avsnitt 64-72.

¹³⁶ Retningslinjer for anvendelsen av TEUV artikkel [101] tredje ledd (2004) avsnitt 63.

¹³⁷ Retningslinjer for anvendelsen av TEUV artikkel [101] tredje ledd (2004) avsnitt 85.

¹³⁸ Retningslinjer for anvendelsen av TEUV artikkel [101] tredje ledd (2004) avsnitt 52.

på kostnaden av utslipp, og at utslipp av klimagasser dermed kan sies å være både objektivt og målbart. En kunne derfor argumentert for at bærekraftshensyn i utgangspunktet oppfyller dette kriteriet.

Formålet med vilkåret i TEUV art. 101 tredje ledd er tilsynelatende å «define the types of efficiency gains that can be taken into account», altså hvilke effektivitetsgevinster som er relevante.¹³⁹ Det utdypes imidlertid ikke hvorfor kun noen typer effektivitetsgevinster skal være relevante, utover at den aktuelle gevinsten må være objektiv og målbar.¹⁴⁰

Det kan også stilles spørsmål ved hvorfor Kommisjonen tilsynelatende ønsker å snevre inn anvendelsen av tredje ledd, ettersom praksis tilsynelatende tidligere var villige til å hensynta også ikke-økonomiske gevinster. Før 2003 hadde Kommisjonen «monopol» på utøvelsen av unntaksbestemmelsen i TEUV art. 101 tredje ledd, men dette ble endret gjennom Rådsforordning 1/2003 som trådte i kraft 1. mai 2004.¹⁴¹ Her ble det foretatt en endring der bestemmelsen nå skulle få direkte effekt, og hvert medlemsland skulle selv ha myndighet til å anvende TEUV art. 101 tredje ledd gjennom sine nasjonale konkurransemyndigheter.¹⁴²

Et viktig mål for EUs indre marked er likebehandling og lik anvendelse av regelverk i ulike medlemsland, det såkalte ekvivalensprinsippet.¹⁴³ Det skapte derfor en viss usikkerhet når medlemslandene nå selv stod ansvarlig for å anvende konkurransereglene, og det oppstod et behov for en tydeliggjøring av regelverket.¹⁴⁴ Det er rimelig å anta at tydeliggjøringen av hvilke effektivitetsgevinster som er relevante var en konsekvens av behovet for å sørge for ensartet anvendelse av TEUV art. 101 mellom nasjonale konkurransemyndigheter.

Giorgio Monti viste også, i 2002, til at Kommisjonen tilsynelatende gikk inn for en snevrere anvendelse av TEUV artikkel 101 tredje ledd.¹⁴⁵ Monti argumenterte imidlertid for at det fortsatt skulle tas hensyn til EUs fundamentale mål om markedsintegrasjon, og at det var lite hensiktsmessig med retningslinjer som la opp til en snever anvendelse av TEUV art. 101 tredje ledd.¹⁴⁶ Videre viste Monti at utviklingen i rettspraksis på dette tidspunktet gikk i

¹³⁹ Retningslinjer for anvendelsen av TEUV artikkel [101] tredje ledd (2004) avsnitt 50.

¹⁴⁰ Retningslinjer for anvendelsen av TEUV artikkel [101] tredje ledd (2004) avsnitt 49.

¹⁴¹ Horspool, Humphreys og Wells-Greco (2016) s. 434.

¹⁴² Rådsforordning 1/2003, avsnitt 4.

¹⁴³ Horspool, Humphreys og Wells-Greco (2016) s. 194-195.

¹⁴⁴ Whish og Bailey (2018) s. 163.

¹⁴⁵ Monti (2002) s. 1090-1091.

¹⁴⁶ Monti (2002) s. 1095.

retning av at man i økende grad hensyntok nasjonale interesser og ikke-økonomiske hensyn, og at rommet for å se til «public policy» faktisk ble større.¹⁴⁷ Det er imidlertid vanskelig å si noe om hvordan EU-domstolen stiller seg til spørsmålet, ettersom det som nevnt foreligger lite rettspraksis etter 2004 om problemstillingen.

Videre fremmer Townley kritikk av Kommisjonens posisjon i retningslinjene av 2004. Han viser blant annet til Kommisjonen i retningslinjenes avsnitt 50, og kommisjonær Neelie Kroes i 2007, legger opp til en anvendelse av TEUV art. 101 tredje ledd som stemmer dårlig overens med tidligere rettspraksis og de overordnede mål i EU-traktatene.¹⁴⁸ Han kritiserer også at retningslinjene tilsynelatende søker å skille målet om konkurranse fra andre politiske mål, og begrunner kritikken blant annet med at konkurranserettsreglene i seg selv er politiske, og at det derfor ikke gir mening å skulle skille mellom politiske og økonomiske mål.¹⁴⁹

Men det er likevel nokså klart at de gjeldende retningslinjene fra Kommisjonen vedrørende anvendelsen av TEUV art. 101 i utgangspunktet taler for en snever anvendelse av TEUV art. 101 tredje ledds første vilkår, hvor kun de økonomiske effektivitetsgevinster er relevant.

4.5 Kan man vurdere positive effekter etter første ledd?

Et interessant spørsmål er imidlertid om man kan vurdere visse positive effekter under første ledd, istedenfor tredje ledd. I *Generics* fra 2020 vurderte EU-domstolen blant annet om positive helseeffekter kunne medføre at et foretak ikke ble omfattet av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i TEUV art. 101.¹⁵⁰ Saken er av særlig interesse fordi den er relativt ny, og er en av de få avgjørelsene som ser på konsekvensen av positive effekter i TEUV art. 101 etter retningslinjene av 2004.

Saken omhandlet patenter i forbindelse med en produksjon av et legemiddel, og reiste en rekke rettslige spørsmål. Sentralt for oppgaven er spørsmålet om det forelå en «restriction by object», altså en formålsrestriksjon, fordi bedriftene påstod at samarbeidet hadde visse konkurransefremmende effekter, som dermed måtte veie opp for eventuelle

¹⁴⁷ Monti (2002) s. 1091.

¹⁴⁸ Townley (2009) s. 85.

¹⁴⁹ Townley (2009) s. 79.

¹⁵⁰ *Generics* [5C] C-307/18.

konkurransbegrensende virkinger. Spørsmålet var om det fortsatt kunne sies å foreligge en formålsrestriksjon dersom samarbeidet i sum hadde positiv effekt på konkurransen, som forbrukere ikke ville fått nytte av ellers.¹⁵¹

I saken ble det blant annet vurdert om slike positive effekter muligens kunne behandles ved vurderingen av TEUV art. 101 første ledd, herunder om det må foretas en avveining av avtalens konkurransebegrensende og konkurransefremmende virkninger for å i det hele tatt fastslå at en avtale har «konkurransebegrensende formål».¹⁵²

Domstolen slo fast at det i foreliggende sak var tale om minimale og usikre konkurransefremmende effekter, og at dette derfor uansett ikke ville kunne være tilstrekkelig til å fastslå at samarbeidet ikke hadde konkurransebegrensende formål.¹⁵³ Imidlertid virker det som om EU-domstolen holder døren åpen for at dette kunne ført frem dersom den konkurransefremmende effekten hadde vært av tilstrekkelig størrelse og sikkerhet «[i]f such [pro-competitive] effects are demonstrated, relevant and specifically related to the agreement concerned, those pro-competitive effects must be sufficiently significant, so that they justify a reasonable doubt as to whether the settlement agreement concerned caused a sufficient degree of harm to competition, and, therefore, as to its anticompetitive object».¹⁵⁴

Dommen sier følgelig ikke noe direkte om anledningen til å vurdere ikke-økonomiske hensyn i TEUV art. 101, men er interessant dersom et samarbeid også har konkurransefremmende effekter, og antyder at konkurransefremmende effekter kan vurderes etter første ledd. Dommen rokker dermed noe på det tradisjonelle skillet mellom TEUV art. 101 første og tredje ledd.¹⁵⁵

Denne forståelsen av samspillet mellom første og tredje ledd åpner dermed muligheten for at bedrifter i større grad kan argumentere for at et samarbeids positive effekter skal vurderes etter første ledd, dersom samarbeidet bringer med seg positive effekter som ikke nødvendigvis omfattes av ordlyden i tredje ledd. Noen samarbeid med positive bærekraftsgevinster vil i så fall kunne anses for å ikke være i strid med TEUV art. 101 første ledd, ettersom slike samarbeid i noen tilfeller kan være positive for konkurransen. De

¹⁵¹ *Generics* [5C] C-307/18 avsnitt 21 punkt 3-5.

¹⁵² *Generics* [5C] C-307/18 avsnitt 104.

¹⁵³ *Generics* [5C] C-307/18 avsnitt 110.

¹⁵⁴ *Generics* [5C] C-307/18 avsnitt 107.

¹⁵⁵ Ronny Gjendemsjø, *Karnov Lovkommentarer: Konkurranseloven*, § 10 note 9, lovdata.no (lest 5. mai 2022).

nederlandske konkurransemyndighetene ser tilsynelatende på dette som en mulig og fornuftig løsning.¹⁵⁶

Samtidig er dette som nevnt ikke avklart, og det er usikkert om EU-domstolen ville lagt til grunn en slik fremgangsmåte dersom spørsmålet skulle komme på spissen.

4.6 Om en snever tolkning er hensiktsmessig i lys av reelle hensyn

Et argument for å beholde en snever tolkning av TEUV art. 101 tredje ledd er hensynet til forutberegnelighet. For å sikre en ensartet anvendelse av reglene i EUs indre marked er det gunstig at bedrifter og nasjonale konkurransemyndigheter vet hvilke effektivitetsgevinster som er relevante ved anvendelsen av TEUV art. 101 tredje ledd. En rettstilstand med større adgang til å legge vekt på gevinster som fremmer politiske mål blir fort uoversiktlig for bedriftene, ettersom ulike medlemsstater kan ha ulike politiske mål og at politiske mål gjerne forandres over tid. Whish og Bailey peker på at det kun er Kommisjonen som er egnet til å foreta slike store og kompliserte vurderinger, hvor en må avveie den konkurransebegrensende virkningen mot en rekke mål i EUs politikk.¹⁵⁷

Videre viser Odudu til en rekke faktorer som taler mot en utvidende tolkning av konkurransereglene, og at avveiningen mellom ulike hensyn er et konstitusjonelt spørsmål, og ikke et konkurranserettslig.¹⁵⁸ Med andre ord må bedrifter og konkurransemyndigheter forholde seg til de konkurranserettslige effekter og effektivitetsgevinster som fremgår av ordlyden, og så må eventuelle ønsker om å se hen til ikke-økonomiske hensyn vente til lovgiver eventuelt åpner opp for det.¹⁵⁹

Et av hovedargumentene for å anvende den videre tolkningen av TEUV art. 101 er blant annet at bærekraftsmål nettopp må integreres som en del av definisjonen på økonomisk effektivitet.¹⁶⁰ Det fremstår lite hensiktsmessig å fastslå at bærekraft faller utenfor definisjonen av økonomisk effektivitet, når eksempelvis utslipp er en eksternalitet som kan

¹⁵⁶ ACM (2021) s. 8 flg.

¹⁵⁷ Whish og Bailey (2018) s. 167.

¹⁵⁸ Odudu (2006) s. 174.

¹⁵⁹ Odudu (2006) s. 168.

¹⁶⁰ Monti (2002) s. 1078.

verdsettes, og dermed balanseres opp mot de konkurransebegrensende virkningene. Dette er en viss parallell til det miljørettslige prinsippet om at «forurensere betaler». Prinsippet innebærer at de eksterne effektene av den forurensning et foretaks aktivitet skaper, skal inkluderes i foretakets lønnsomhetsberegninger, blant annet gjennom avgifter som pålegges foretaket. I så henseende fremstår det også naturlig at handlinger som vil føre til lavere forurensning bør kunne inkluderes i ulike beregninger, herunder for å beregne hva som er samfunnsøkonomisk gunstig.

Muligens burde også konkurransereglene være tilpasset situasjoner med fallende etterspørsel i et gitt marked.¹⁶¹ Sett fra et samfunnsøkonomisk ståsted kan det ikke utelukkes at det for en periode kan være bedre med et samarbeid som gjør at færre bedrifter går konkurs, selv om samarbeidet riktignok vil svekke konkurransen, dersom alternativet er at mer langvarig redusert konkurranse i markedet, på grunn av færre gjenværende aktører. Dette vil naturligvis også ha sosialpolitiske positive effekter, hvis færre mister arbeidsplassen. Imidlertid har blant annet OECD vist til at det empiriske grunnlaget er usikkert, men at det foreløpig ikke tyder på at såkalte «crisis cartels» har en klar positiv effekt.¹⁶²

4.7 Er konkurranse i seg selv et mål?

Et sentralt spørsmål er blant annet om konkurranse i seg selv er et mål, eller om konkurranse bare er et steg på veien mot traktatenes overordnede mål, eksempelvis bærekraft. Dersom det siste alternativet er riktig, vil dette tale for at konkurransemyndighetene burde kunne akseptere flere effektivitetsgevinster enn kun de som innebærer «økonomiske eller teknologisk utvikling».

De europeiske konkurransereglene må sees i lys av formålene bak den Europeiske Union, som gir et nokså vidt skjønn til å trekke inn ulike formål.¹⁶³ Det fremstår lite hensiktsmessig dersom konkurransereglene skal være til hinder for å oppnå noen av overordnede målene som fremgår i EU-traktatene.¹⁶⁴

¹⁶¹ Whish og Bailey (2018) s. 163.

¹⁶² OECD Policy Roundtable, *Crisis Cartels* (2011) s. 10.

¹⁶³ Monti (2002) s. 1057.

¹⁶⁴ Se eksempelvis TEUV artikler 7-17.

Å skulle tolke konkurransebestemmelsene i lys av traktatens overordnede formål, har vært tatt til orde for i lang tid, se f.eks. Ellis i 1963: «In order to assess the significance of article [101], it is essential to view it in relation to the Treaty as a whole and in the context of which it has been placed. Every provision fulfils a function in the general scheme of the Treaty, and it therefore seems opportune and useful to determine the function of article [101] in its context». ¹⁶⁵

En slik formålsrettet tolkning av konkurransereglene kommer særlig på spissen ettersom bærekraft i dag gjerne kan sees på som et så overhengende mål at det trumfer andre mål, herunder konkurranse mellom bedrifter. ¹⁶⁶ Monti trakk frem dette som et mulig argument allerede i 2002. ¹⁶⁷ Det kan ikke være særlig tvilsomt at bærekraft fremstår enda viktigere nå 20 år senere. I sin ytterste konsekvens kan imidlertid dette argumentet lede til at selv en minimal positiv effekt innenfor bærekraft skal veie tyngre enn en total kollaps av konkurranse på et marked. Dette vil naturligvis ikke være samfunnsøkonomisk gunstig, og det fremstår lite hensiktsmessig å ikke gjennomføre en slik balanserende rimelighetsvurdering.

TEUV art. 101 er også utformet på en måte som underbygger at konkurranse ikke er målet i seg selv. Dersom regelens sentrale mål var å fremme konkurranse, hadde det vært lite hensiktsmessig med lovfestede unntak som åpner for å tilsidesette konkurransen i markedet. Unntaksbestemmelsen viser nettopp at lovgiver har ansett andre overordnede formål som så viktige at konkurransen må vike, dersom de overordnede målene best oppnås på andre måter enn gjennom konkurranse.

Etter mitt syn må en formålsrettet forståelse av konkurransereglene, som et middel på vei til unionens overordnede mål, være uttrykk for en riktig rettsoppfatning. Blant annet har Underretten gitt uttrykk for at det ikke er selve konkurransen som er målet, men at konkurranse er et viktig steg på veien mot andre mål som skal komme samfunnet og forbrukerne til gode. ¹⁶⁸

Selv om forarbeidene til krrl. § 10 ikke har noen rettskildemessig vekt for anvendelsen av TEUV, kan det nevnes at også Arbeids- og administrasjonsdepartementet fastslår at konkurranse kun er et virkemiddel for å oppnå overordnede mål. Det fremgår at:

¹⁶⁵ Se Ellis (1963) s. 248 og Odudu (2006) s. 160.

¹⁶⁶ Monti (2002) s. 1078.

¹⁶⁷ Monti (2002) s. 1078.

¹⁶⁸ Se *British Airways plc v Commission*, T-219/99 og *Horspool, Humphreys og Wells-Greco* (2016) s. 415.

«Departementet foreslår derfor en tilføyelse i formålsbestemmelsens ordlyd, som ytterligere vil presisere at lovens formål om å fremme konkurranse, er et virkemiddel til å bidra til det overordnede målet om effektiv bruk av samfunnets ressurser».¹⁶⁹

4.8 Om bærekraft er relevant i TEUV art. 101 tredje ledd

Rettskildene viser altså at spørsmålet om bærekraft er relevant etter gjeldende rett ikke er helt avklart. Særlig rettspraksis fra før 2004 taler med styrke for at flere typer effektivitetsgevinster skal være relevante ved vurderingen av unntaksbestemmelsen i TEUV art. 101, mens retningslinjene av 2004 og mangelen på avklarende rettspraksis i etterkant av retningslinjene taler for det motsatte.

Både ordlyden og retningslinjene taler med en viss styrke for at man må anlegge en snever anvendelse av TEUV art. 101. Ettersom det ikke foreligger avklarende rettspraksis i etterkant av den betydelige endringen som Kommisjonen tilsynelatende ønsket med retningslinjene i 2004, er det imidlertid vanskelig å fastslå om EU-domstolen ville fulgt opp eller avvist retningslinjene. Det er usikkert om EU-domstolen ser det som hensiktsmessig å utelate hensynet til bærekraft, når Kommisjonen tross alt tidligere har vist til at bærekraft har vært relevant, i eksempelvis *CECED*.¹⁷⁰ Med mindre det kommer opp en sak for EU-domstolen hvor spørsmålet kommer på spissen, er det lite trolig at rettstilstanden blir fullt ut avklart i nærmeste fremtid.

Ordlyden er også tilsynelatende hovedgrunnen til at Whish og Bailey konkluderer med at det må legges til grunn en snever anvendelse av unntaksbestemmelsen i TEUV art. 101 tredje ledd. De viser også til at det oppstod et behov for ensartet og forutberegnelige rammer for nasjonale konkurransemyndigheter og nasjonale domstoler når Kommisjonens monopol ble opphevet i 2004.¹⁷¹

På den annen side foreligger det nokså entydig rettspraksis fra før 2004, hvor det jevnlig ses hen til ikke-økonomiske gevinster i vurderingen. Riktignok er ikke-økonomiske gevinster

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 32.

¹⁷⁰ *CECED* avsnitt 56

¹⁷¹ Whish og Bailey (2018) s. 167.

sjeldent den eneste positive effekten av samarbeidet, men det har likevel fremstått som relevant i en helhetsvurdering. Som nevnt i oppgavens kapittel 4.3.1 har positive effekter innenfor bærekraft vært ansett som relevant i blant annet avgjørelsene *CECED* og *DSD*.

Det er også flere reelle hensyn som taler for at bærekraftshensyn skal omfattes. Som nevnt i kapittel 1.5.3 er traktatstolkning tradisjonelt sett en svært formålsrettet tolkning, og det må derfor tas hensyn til EUs overordnede formål, og særlig det økende fokuset på bærekraft i EU. Synspunktet har støtte hos flere teoretikere, blant annet Townley som viser til et samarbeid som begrenser konkurranse likevel kan være lovlig etter TEUV art. 101 tredje ledd dersom samarbeidet også leder til tilstrekkelige positive effekter innen miljøvern.¹⁷²

Hensynet til bærekraft er et sentralt mål i EU.¹⁷³ Det kommer også til uttrykk i TEUV art. 11 som et overordnet mål, og gjennom European Green Deal og et stadig økt fokus på klima, miljø og bærekraftige løsninger.¹⁷⁴ Retningslinjene viser også til at traktatens øvrige mål også må være relevante ved anvendelse av TEUV art. 101 tredje ledd.¹⁷⁵ Gitt at konkurranse kun er et virkemiddel for å oppnå de overordnede mål i EU, fremstår det lite hensiktsmessig dersom ikke hensynet til bærekraft skal kunne hensyntas også ved anvendelse av TEUV art. 101 tredje ledd.

Når EU-kommisjonen i sitt utkast til nye retningslinjer åpner for at bærekraftshensynet skal være relevant i vurderingen tyder dette på at Kommisjonen har sett behovet for å inkludere hensynet til bærekraft. Et slikt utkast kan imidlertid neppe ha særlig rettskildemessig vekt.

Selv om rettstilstanden fortsatt er uklar, tyder mye på at bærekraft ikke er en relevant gevinst i vurderingen av TEUV art. 101 tredje ledd. Dette er særlig på bakgrunn av at ordlyden må veie tungt, og at Kommisjonens retningslinjer har en tydelig anvisning på en snever forståelse av det aktuelle vilkåret, som ikke har blitt fraveket i domstolene. Det kan neppe være avgjørende at domstolene heller ikke har bekreftet Kommisjonens synspunkt, og rettspraksisen som foreligger fra før 2004 har ikke vært tydelig på om bærekraftsgevinster i seg selv kan være tilstrekkelig til å begrunne unntak. Hensynet til forutberegnelighet trekker også i retningen av at bærekraft ikke er relevant, ettersom nasjonale konkurransemyndigheter stort sett synes å

¹⁷² Townley (2009) s. 255.

¹⁷³ TEU artikkel 3.

¹⁷⁴ Malinauskaite (2022) s. 6.

¹⁷⁵ Retningslinjer for anvendelsen av TEUV artikkel [101] tredje ledd (2004) avsnitt 42.

være fornøyd med å vise til Kommisjonens retningslinjer, hvilket er med på å skape et forutberegnelig regelverk i EUs indre marked.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Whish og Bailey (2018) s. 167.

5 Om bærekraft burde være relevant i TEUV art. 101 tredje ledd

5.1 Generelt

I lys av et stadig økende fokus på miljø og klima, illustrert ved blant annet European Green Deal, er det flere teoretikere og nasjonale myndigheter som tar til orde for at bærekraftsgevinster burde være relevant.

Ettersom det i dag er opp til nasjonale konkurransemyndigheter å vurdere sakene, og det er tegn til at noen nasjonale myndigheter i større grad ser seg nødt til å ta f.eks. klimahensyn, risikerer man å få en noe sprikende praksis mellom ulike medlemsland. Det hadde derfor vært fordelaktig om Kommisjonen eller EU-domstolen kunne tydeliggjort om slike bærekraftsgevinster også kan anses relevante ved vurderingen av unntak etter TEUV art. 101 tredje ledd. De foreslåtte retningslinjene kan bli et viktig bidrag til dette, men det gjenstår å se når og med hvilket innhold disse blir vedtatt.

Det fremstår i utgangspunktet hensiktsmessig å ta hensyn til så mange kvantifiserbare gevinster som mulig i den økonomiske analysen for å fastslå om de positive effekter av et samarbeid veier opp for den negative effekten på konkurransen. Dette burde i utgangspunktet gjelde uavhengig av om gevinstene kommer forbrukerne direkte til gode eller ei, slik også Kommisjonen antydte i *CECED* der det ble uttrykt at reduserte utslipp hadde positive effekter for samfunnet og dermed også forbrukerne.¹⁷⁷

Samtidig kan det stilles spørsmål ved om en slik løsning faktisk er samfunnsøkonomisk gunstig, eller om det vil være mer hensiktsmessig om myndighetene heller stiller krav eller fremmet insentivordninger som medfører at bedrifter tar mer bærekraftige valg, uten at de må samarbeide og potensielt redusere konkurransen i markedet. En slik samfunnsøkonomisk vurdering faller imidlertid utenfor rammene for denne oppgaven.

¹⁷⁷ *CECED* avsnitt 56.

5.2 Ulike rettslige muligheter

I teorien er det vist til flere rettslige muligheter for å innta bærekraftshensyn i fremtidige vurderinger.¹⁷⁸

Blant annet kan det argumenteres for at dersom staten oppfordrer private aktører til å redusere utslipp, kan dette i seg selv faller utenfor TEUV art. 101, ved at atferd som oppmuntres av staten ikke anses som økonomisk aktivitet og utenfor «undertaking»-vilkåret i TEUV art. 101 første ledd.¹⁷⁹ Dette minner om State Compulsion-doktrinen, om at et foretak ikke kan straffes for brudd på konkurransereglene dersom det er statens reguleringer som nærmest tvinger bedriften til den konkurranserettsstridige atferden.¹⁸⁰ Dette er en interessant vinkling på problemstillingen, ettersom stater de siste årene i større og større grad har oppfordret foretak til å satse på grønne løsninger, og det er ikke utenkelig at selskap kunne argumentert med State Compulsion dersom de har brutt konkurransereglene for å etterleve myndighetens krav til grønnere løsninger.

En fremgangsmåte der samarbeid med bærekraftsformål i seg selv ikke skal anses for å være omfattet av TEUV art. 101, fordi staten oppfordrer bedrifter å opptre mer bærekraftig, er imidlertid noe kritisert i teorien.¹⁸¹ Argumenter mot denne løsningen er blant annet høy risiko for misbruk av de statlige insentivordningene knyttet til bærekraft, slik blant annet en så trekk av i Kommisjonens avgjørelse i *Consumer Detergents*.¹⁸² Dette vil kunne være en naturlig konsekvens dersom TEUV art. 101 tilsidesettes i sin helhet ved alle former for samarbeid med formål om økt bærekraft. En slik løsningen vil også medføre at det ikke foretas en avveining mellom de fordeler samarbeidet gir og de konkurransemessige ulemper samarbeidet medfører. Dette fremstår ikke som en gunstig løsning.

En annen mulig løsning vil være «ancillary regulatory restraints» som setter TEUV art. 101 til side dersom samarbeidet er nødvendig for å oppnå legitime ikke-økonomiske mål.¹⁸³ Dette vil gi noe av de samme motargumentene som i forrige løsning, men denne fremgangsmåten vil måtte inkludere en proporsjonalitetsvurdering, i motsetning til forrige løsning.¹⁸⁴ I *Wouters*-

¹⁷⁸ Gassler (2021) s. 432.

¹⁷⁹ Gassler (2021) s. 433.

¹⁸⁰ Whish og Bailey (2018) s. 144-145.

¹⁸¹ Se Holmes (2020) s. 370 og Gassler (2021) s. 433.

¹⁸² COMP/39579, *Consumer Detergents* avsnitt 22.

¹⁸³ Gassler (2021) s. 433-434.

¹⁸⁴ Gassler (2021) s. 434.

saken bygget EU-domstolen på en lignende tankegang, der et konkurransebegrensende samarbeid i advokatbransjen ble ansett som nødvendig for at advokatstanden kunne utøve sitt yrke på en forsvarlig måte.¹⁸⁵ Denne fremgangsmåten er generelt sett på som en enklere og kanskje mer hensiktsmessig fremgangsmåte enn TEUV art. 101 tredje ledd, men denne forenklingen medfører også at man her mister sikkerhetsnettene som følger av de øvrige vilkårene i TEUV art. 101 tredje ledd om nødvendighet og eliminering av konkurranse.¹⁸⁶

En tredje løsning er å innta ikke-økonomiske hensyn i vurderingen av om det hele tatt foreligger en konkurransebegrensning i TEUV art. 101 første ledd.¹⁸⁷ Dette vil altså si at man utvider rekkevidden av første ledd, slik EU-domstolen til dels gjorde i den nevnte *Generics*-dommen, som nærmest vil gjøre tredje ledd overflødig for visse typetilfeller. Gassler drøfter dette særlig knyttet til bærekraft, og viser til at det kan være hensiktsmessig å fremlegge ulike typetilfeller som i sin natur ikke skal anses for å være konkurransebegrensende, slik blant annet de nederlandske konkurransemyndighetene vurderer.¹⁸⁸

Imidlertid har Kommisjonen ikke valgt denne ruten, slik de kunne ha gjort i for eksempel *CECED*, der samarbeidet mellom vaskemaskinprodusentene også hadde som formål å redusere utslipp, en negativ eksternalitet.¹⁸⁹ Kommisjonen mente altså her at selv om reduserte utslipp var hensiktsmessig, så ville samarbeidet «by object» føre til redusert konkurranse etter TEUV art. 101.¹⁹⁰ Ut fra den forståelsen som tradisjonelt har vært lagt til grunn om samspillet mellom første og tredje ledd fremstår dette fornuftig. I lys av *Generics*, hvor EU-domstolen altså åpnet opp for å vurdere konkurransefremmende effekter i første ledd, kan det imidlertid stilles spørsmål ved om EU-domstolen muligens vil være mer tilbøyelig til å tenke nytt også om positive bærekraftsgevinster. Etter mitt syn vil dette imidlertid medføre en større utvidelse av ordlyden i første ledd og den etablerte forståelsen av sammenhengen mellom første og tredje ledd, enn den utvidelsen som EU-domstolen la opp til i *Generics*.

Til sist foreligger den ruten som etter min mening har best støtte i rettskildene, og har de beste grunner for seg, og det er å anse bærekraft som en relevant gevinst i TEUV art. 101 tredje

¹⁸⁵ *Wouters [GC] C-309/99*.

¹⁸⁶ Gassler (2021) s. 434.

¹⁸⁷ Gassler (2021) s. 435.

¹⁸⁸ Se ACM (2021) og Gassler (2021) s. 435.

¹⁸⁹ Gassler (2021) s. 436.

¹⁹⁰ *CECED* avsnitt 37.

ledd. Denne fremgangsmåten medfører at det tradisjonelle samspillet mellom forbudet i første ledd og unntaket i tredje ledd er i behold, samt at man fortsatt må oppfylle de øvrige vilkår i tredje ledd. Bedrifter som ønsker unntak fra forbudet i TEUV art. 101 første ledd må da gjennomføre en økonomisk analyse for å se om samarbeidets positive effekter kan begrunne et unntak.¹⁹¹

Dette er også fremgangsmåten Kommisjonen benyttet i nevnte *CECED*, og fremgangsmåten er også blitt benyttet av de nederlandske konkurransemyndighetene.¹⁹² En slik tilnærming har gode grunner for seg, ettersom det synes fornuftig å kunne foreta en samfunnsøkonomisk analyse der flere hensyn er relevante, sammenlignet med en analyse der visse målbare gevinster må holdes utenfor.

Ved denne fremgangsmåten vil en måtte se hen til alle fire vilkår i bestemmelsens tredje ledd, og det vil dermed være helt sentralt nettopp hvilke typer effektivitetsgevinster man anser som relevante etter bestemmelsen, og om hvor snevert man skal tolke «fair share».¹⁹³ EU-domstolen har tidligere forstått dette som at de positive effektene må oppstå i samme marked som de konkurransebegrensende effektene.¹⁹⁴ Det er imidlertid klart at dersom miljø og klima først skal anses som relevant gevinster i unntaksbestemmelsens første vilkår, blir det også nødvendig å legge til grunn at dette kommer forbrukerne til gode, som en del av det globale samfunn. Blant annet Monti har sett nærmere på ulike måter å løse dette på.¹⁹⁵

En interessant artikkel av Ellison synes også å argumentere for denne fremgangsmåten.¹⁹⁶ Han viser til et tenkt eksempel med tre konkurrenter i markedet som sammen blir enige om å redusere produksjonsutslipp, selv om dette kan medføre høyere produksjonskostnader og dermed høyere utsalgspriser. Dersom man vurderer at reduserte klimautslipp i produksjonen oppfyller «improving the production ... of goods», og til at samarbeidet gir forbrukere en «fair share» ved at reduserte utslipp kommer forbrukerne til gode på lik linje med andre innbyggere, vil bedrifter kunne inngå slike avtaler og påberope seg omfattet av unntaket i tredje ledd.¹⁹⁷

¹⁹¹ Monti (2021) s. 128.

¹⁹² Gassler (2021) s. 437.

¹⁹³ Gassler (2021) s. 437.

¹⁹⁴ *Mastercard v Commission [C5] C-382/12P* avsnitt 242.

¹⁹⁵ Monti (2020) s. 129.

¹⁹⁶ Ellison (2020).

¹⁹⁷ Ellison (2020) s. 9.

Kommisjonen viser i sitt utkast til nye retningslinjer til en tydelig ny retning ved vurderingen av såkalte «sustainability agreements», som er definert som samarbeid mellom konkurrenter som bidrar til å oppnå ett eller flere bærekraftsmål.¹⁹⁸ Dette kan tyde på at også Kommisjonen ser et behov for å anse bærekraftsmål som relevante i vurderingen av TEUV art. 101 tredje ledd. Dette vil belyses nærmere i neste kapittel.

Det vil som nevnt være uheldig dersom konkurransereglene er til hinder for private initiativ som har positive effekter på miljø og klima, gitt at de positive effektene veier opp for de negative effektene av begrenset konkurranse. I en tid hvor klimaendringene blir stadig tydeligere og skadevirkningene mer omfattende, synes det fornuftig å legge mer vekt på bærekraftige løsninger og gi bedrifter flere muligheter til å kunne bidra til å redusere utslipp av klimagasser. Derfor fremstår det gunstig å tolke TEUV art. 101 tredje ledd slik at også gevinster innenfor bærekraft er relevante, og at bedrifter dermed kan vise til konkrete positive bærekraftseffekter for å begrunne at man er omfattet av unntaksbestemmelsen.

5.3 Utkast til nye retningslinjer

Kommisjonen har nylig lansert et utkast til nye retningslinjer for anvendelsen av TEUV art. 101 på horisontale samarbeid.¹⁹⁹ I disse retningslinjene har blant annet bærekraft fått en større plass enn i de nåværende retningslinjene om horisontale samarbeid, og det kan derfor være hensiktsmessig å se nærmere på disse.

Jeg har valgt å behandle retningslinjene i delen av oppgaven som omhandler hvordan rettstilstanden bør være, fordi disse pr nå kun er et utkast. De har dermed ikke trådt i kraft, og har følgelig formelt sett ikke noen rettskildemessig vekt. Man vet heller ikke med sikkerhet at retningslinjene blir vedtatt likt som utkastet. Samtidig anerkjennes det at bedrifter nok kunne argumentert for at retningslinjene burde ha noe vekt, som et uttrykk for Kommisjonens vilje.

I utkastet uttrykkes det blant annet at effektivitetsgevinster innenfor bærekraft kan være relevante.²⁰⁰ Dette skiller seg fra de nåværende retningslinjene om horisontale samarbeid, hvor bærekraft ikke fremstår som relevant.²⁰¹ Kommisjonen viser til konkrete former for

¹⁹⁸ Utkast til retningslinjer for anvendelsen av TEUV art. 101 på horisontale samarbeid (2022), avsnitt 541.

¹⁹⁹ Utkast til retningslinjer for anvendelsen av TEUV art. 101 på horisontale samarbeid (2022)

²⁰⁰ Utkast til retningslinjer for anvendelsen av TEUV art. 101 på horisontale samarbeid (2022), avsnitt 577-578.

²⁰¹ Retningslinjer for anvendelsen av TEUV art. 101 på horisontale samarbeid (2011).

effektivitetsgevinster som kan oppfylle det første vilkåret i TEUV art. 101 tredje ledd, eksempelvis lavere utslipp, renere produksjonsteknologi og økt forbrukerinformasjon for at forbrukerne i større grad skal kunne ta bærekraftige valg.²⁰² I utkastet vises det for øvrig til at bærekraftshensyn ikke bare omfatter mål innenfor klima og miljø, men også bærekraft i et større perspektiv, med fokus også på menneskerettigheter, matavfall, dyrevelferd og lignende.²⁰³

En sentral betingelse synes å være at den positive effekten må være «objective, concrete and verifiable», og at det ikke bare kan antas en positiv effekt.²⁰⁴ Dette er for så vidt i tråd med dagens konkurranselovgivning hvor bevisbyrden ligger hos foretakene, som altså må kunne dokumentere de objektive, positive gevinstene som er relevante for TEUV art. 101 tredje ledd.

Hvis retningslinjene blir vedtatt i utkastets nåværende form vil dette markere et ytterligere taktskifte i konkurranseretten, og antagelig åpne opp for at konkurransemyndigheter i større grad kan legge vekt på bærekraftshensyn. Dette fremstår å være i tråd med den stadig økende satsingen på en omlegging av samfunnets ressursbruk i en «grønnere» retning, og at myndighetene ser viktigheten av at også flere rettsområder i EU-retten gir tilstrekkelige muligheter og insentiver for foretak for å ta bærekraftige valg fremover. Kommisjonen er også bevisst på dette, og utkastet tyder på at konkurransereglene i større grad vil kunne bidra til å oppnå bærekraftsmålene i EU og FN.²⁰⁵

²⁰² Utkast til retningslinjer for anvendelsen av TEUV art. 101 om horisontale samarbeid (2022), avsnitt 578.

²⁰³ Utkast til retningslinjer for anvendelsen av TEUV art. 101 om horisontale samarbeid (2022), avsnitt 543.

²⁰⁴ Utkast til retningslinjer for anvendelsen av TEUV art. 101 om horisontale samarbeid (2022), avsnitt 579.

²⁰⁵ Utkast til retningslinjer for anvendelsen av TEUV art. 101 om horisontale samarbeid (2022), avsnitt 542.

6 Om bærekraft er relevant i konkurranseloven § 10 tredje ledd

Det fremstår altså fornuftig å tolke unntaksbestemmelsen i vid forstand, slik at også hensynet til bærekraft er relevant. Som vist innledningsvis åpner forarbeidene for at krrl. § 10 ikke nødvendigvis skal tolkes identisk som TEUV art. 101, og konkurransemyndigheter i andre land har åpnet for å hensynte bærekraft i større grad enn EU.²⁰⁶ Det kan dermed stilles spørsmål ved om bestemmelsen i krrl. § 10 tredje ledd skal tolkes likt som TEUV art. 101 tredje ledd, eller om bærekraft er relevant i den norske bestemmelsen selv om det ikke synes å være tilfelle i EU.

Det er her interessant å se hvordan andre europeiske konkurransemyndigheter stiller seg til problemstillingen, og konkurransemyndighetene i flere land utreder nå mulighetene til å hensynte bærekraft i konkurransereglene.²⁰⁷ De nederlandske konkurransemyndighetene har til dels gått langt i å tolke nasjonal rett videre enn EU-retten, ved at de gjennom de siste årene har tatt til orde for at ikke-økonomiske effekter også skal være relevante ved vurderingen av unntaket fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.²⁰⁸

Et kjent eksempel fra nederlandsk rett er *Kip van Morgen* (morgendagens kylling)-saken fra 2015, som handler om dyrevelferd.²⁰⁹ Her ble det gjort en konkret vurdering av den økonomiske verdien av økt livskvalitet for kylling, gjennom en såkalt «willingness-to-pay»-studie blant forbrukere. Selv om en slik studie har en rekke potensielle feilkilder, herunder forbrukernes irrasjonalitet, og etiske betenkeligheter ved å kun verdsette dyrevelferd ut fra menneskers betalingsvilje, ble det gjennomført en grundig undersøkelse i et forsøk på å kvantifisere samfunnsgevinstene av et samarbeid som ville føre til bedre dyrevelferd.

I saken ble samarbeidet likevel ikke godkjent, fordi det viste seg at konsumentene knyttet for liten verdi til økt dyrevelferd, slik at man antok at prisstigningen som følge av samarbeidet ville være høyere enn forbrukernes verdsettelse av økt dyrevelferd.²¹⁰ Man anslo altså at de

²⁰⁶ Se kapittel 1.5 og 1.2.

²⁰⁷ Malinauskaite (2022) s. 13.

²⁰⁸ Gassler (2021) s. 437.

²⁰⁹ *Kip van Morgen* - ACMs analyse av saken (2015).

²¹⁰ *Kip van Morgen* - ACMs analyse av saken (2015) s. 6.

positive effektene av samarbeidet var lavere enn den estimerte prisøkningen for forbrukere.²¹¹ Konsumentene ville dermed gå i netto tap, som ikke var ønskelig. Analyser som kun hensyntar det som er økonomisk målbart her og nå er imidlertid også noe kritisert, og man kan ta til orde for at konkurranseanalyser i større grad må hensynta også større, langsiktige bærekraftseffekter.²¹² Dette krever imidlertid komplekse analyser, men slike analyser er mulig å gjennomføre, litt avhengig av hvilke økonomiske teorier som legges til grunn.²¹³

Kip van Morgen-saken er likevel høyst interessant fordi den viser at konkurransemyndigheter ved anvendelsen av nasjonale konkurranseregler har vurdert flere hensyn som relevante enn det som følger av ordlyden i TEUV art. 101.²¹⁴

Forarbeidene til konkurranseloven er også av interesse for å belyse spørsmålet. I NOU 2003:12 vises det til at EØS-avtalen art. 53 nr. 3 må leses «i sammenheng med formålet i EØS-avtalens art. 1».²¹⁵ Her følger det videre at rettspraksis fra EU-domstolen tidligere har lagt til grunn at «sysselsettingshensyn er et relevant moment» ved vurderingen av vilkåret, og at EU-kommisjonen også har lagt vekt på «forbedret sikkerhet, forbrukerbeskyttelse og miljøhensyn».²¹⁶ Ut fra disse uttalelsene fremstår det tydelig at utvalget trolig har tenkt at også den norske bestemmelsen skal kunne se hen til disse hensynene, og altså ikke bare de økonomiske effektivitetsgevinster. Vekten av dette må imidlertid nyanseres noe, ettersom NOUen ble utarbeidet før Kommisjonens retningslinjer av 2004, som ga anvisning til en mer snever forståelse av hvilke gevinster som skulle være relevante.

Forarbeidene viser også til at rettspraksis fra EU- og EØS-retten må veie tungt.²¹⁷ Som tidligere nevnt er det foreløpig ikke kommet rettspraksis som bryter med den eldre rettstilstanden hvor ikke-økonomiske hensyn i flere tilfeller var relevante i vurderingen av individuelle unntak etter TEUV art. 101 tredje ledd.

Videre fremgår det av forarbeidene at ulike formål også kan begrunne at den norske bestemmelsen ikke nødvendigvis vil anvendes identisk som de tilsvarende bestemmelsene i

²¹¹ *Kip van Morgen* - ACMs analyse av saken (2015) s. 6.

²¹² Kar, Ostrovsky og Skarpa (2020).

²¹³ Kingston (2011) s. 189 flg.

²¹⁴ *Kip van Morgen* - ACMs analyse av saken (2015) s. 5.

²¹⁵ NOU 2003: 12 s. 57.

²¹⁶ NOU 2003: 12 s. 57.

²¹⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 224.

EU/EØS.²¹⁸ De norske forarbeidene er tydelige på at konkurransereglene kun er et virkemiddel for å oppnå målet om effektiv ressursfordeling. Dersom det er viktig å inkludere bærekraftsgevinster i vurderingen for å fullt ut kunne avgjøre hva som er effektiv ressursfordeling, taler dette for at krrl. § 10 tredje ledd burde hensynta bærekraft.

Imidlertid viser Kommisjonens retningslinjer klart at hensynet til bærekraft ikke er relevant. Selv om Kommisjonens retningslinjer formelt sett ikke er bindende for nasjonale konkurransemyndigheter, er retningslinjene likevel i praksis en viktig kilde for forståelsen av TEUV art. 101.²¹⁹ Grunnet harmoniseringshensynet er de dermed i praksis en viktig kilde for forståelsen av nasjonale konkurranseregler.²²⁰

Det er Konkurransetilsynet som har ansvaret for å håndheve konkurransereglene i Norge, jf. krrl. § 9. I et temaark fra 2007 (oppdatert i 2008) presiserte Konkurransetilsynet hvordan man skulle forstå de ulike vilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd.²²¹ Om det aktuelle vilkåret skriver tilsynet at det kun er «samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster» som er relevante i vurderingen. Videre beskrives dette som både «samfunnsøkonomisk kostnadsbesparelse» og kvalitative gevinster i form av nye og bedre produkter.²²²

Dette synes altså å være i tråd med Kommisjonens retningslinjer. Tilsynets retningslinjer har imidlertid i seg selv begrenset rettskildemessig vekt, men det tyder altså på at Konkurransetilsynet legger til grunn at krrl. § 10 skal forstås likt som TEUV art. 101. At norske konkurransemyndigheter legger til grunn den samme forståelsen som Kommisjonen taler dermed med en viss styrke for at krrl. § 10 nok må forstås likt som TEUV art. 101.

Et ytterligere moment som taler for at den norske bestemmelsen bør forstås likt som TEUV art. 101 er hensynet til forutberegnelighet, som henger tett sammen med det grunnleggende formålet i EU/EØS om harmonisering. Bedrifter som handler både nasjonalt og internasjonalt bør helst ha like regler å forholde seg til, og det kan fort skape usikkerhet dersom Norge skulle lagt til grunn en annen tolkning enn den som er lagt til grunn i EU. Høyesterett synes

²¹⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 224.

²¹⁹ Se omtale av *Expedia* i kapittel 4.4.

²²⁰ Gassler (2021) s. 437.

²²¹ Konkurransetilsynet, *Unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid*, (2008).

²²² Konkurransetilsynet, *Unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid*, (2008) s. 2.

også forholdsvis tilbakeholdne med å skulle drøfte om konkurransereglene kan avvike fra EU/EØS-retten.²²³

Etter mitt syn er det dermed neppe tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for å legge til grunn at vilkåret om effektivitetsgevinster i krrl. § 10 tredje ledd kan tolkes videre enn det tilsvarende vilkåret TEUV art. 101 tredje ledd. Hensynet til harmonisering og forutberegnelighet er tungtveiende, og rettstilstanden er da tilsynelatende i tråd med Konkurransetilsynets retningslinjer, som er med på å skape forutberegnelige rammer for bedrifter som opererer i Norge. Både Konkurransetilsynet og domstolene kunne tatt en mer offensiv rolle i å vurdere bærekraftsgevinster, slik andre nasjonale myndigheter er i ferd med å gjøre, men en slik utvikling har altså ennå ikke funnet sted i Norge.

Dermed tyder det meste på at bærekraft ikke omfattes av «bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling» i krrl. § 10 tredje ledd, på bakgrunn av gjeldende rett i EU/EØS ved anvendelsen av TEUV art. 101 tredje ledd.

Om bedrifter i Norge hadde forsøkt å påberope seg unntaksbestemmelsen på grunnlag av positive bærekraftsgevinster hadde dette likevel vært svært interessant. Oppgaven har vist at spørsmålet ikke har et klart svar i verken EU-retten eller i norsk rett, og det er mange gode argumenter for å anse bærekraft som relevant. Det blir også interessant å følge den videre rettsutviklingen, særlig dersom utkastet til retningslinjer for anvendelsen av TEUV art. 101 på horisontale samarbeid blir vedtatt i sin nåværende form, frem til spørsmål blir endelig avklart i rettspraksis.

²²³ Se blant annet HR-2017-1229-A avsnitt 55 og HR-2021-1086-A avsnitt 89.

Litteraturliste

Norske lover og forskrifter

Lov 27. november 1992 nr. 104 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven – krrl.).

Rettspraksis

HR-2017-1229-A.

HR-2021-1086-A.

Forarbeider og andre offentlige publikasjoner

NOU 2003: 12.

Ny konkurranselov.

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004).

A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

Meld.st. 40 (2020-2021).

Mål med mening – Norges handlingsplan for å nå bærekraftsmålene innen 2030.

Traktater

EØS-avtalen.

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 1992, ikrafttredelse 1. januar 1994 (EØS-avtalen).

TEU.	Treaty on European Union – TEU, signert 13. desember 2007, ikrafttredelse 1. desember 2009 [Traktaten om Den europeiske union – TEU – Maastricht-traktaten konsolidert 2016].
TEUV.	Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU, signert 13. desember 2007, ikrafttredelse 1. desember 2009 [Traktaten om Den europeiske unions virkemåte – TEUV – Roma-traktaten konsolidert 2016].

Forordninger og direktiver

Rådsforordning 1/2003.	Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.
------------------------	--

EU-domstolen

Dom av 13. juli 1966 [C7], <i>Consten and Grundig v Commission</i> , forente saker C-56/64 og C-58/64, EU:C:1966:41.
Dom av 25. oktober 1977 [C9], <i>Metro SB-Grossmärkte GmbH & co KG v Commission</i> , C-26/76, EU:C:1977:167.
Dom av 8. juli 1999 [C5], <i>Commission v Anic Partecipazioni</i> , C-49/92, EU:C:1999:356.
Dom av 19. februar 2002 [GC], <i>Wouters v Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten</i> , C-309/99, EU:C:2002:989.
Dom av 13. desember 2012 [C5], <i>Expedia Inc v Autorité de la Concurrence</i> , C-226/11, EU:C:2012:795.
Dom av 11. september 2014 [C5], <i>Mastercard Inc. v Commission</i> , C-382/12P, EU:C:2014:2201.

Dom av 30. januar 2020 [C5], *Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority*, C-307/18, EU:C:2020:52.

Avgjørelser fra EU-kommisjonen

EUT 1993 L 20/14, *Ford/Volkswagen*.

EUT 1994 L 239/14, *PVC*.

EUT 2000 L 187/47, *CECED*.

EUT 2001 L 319/1, *DSD*.

Avgjørelse av 13. april 2011, COMP/39579, *Consumer Detergents*.

Underretten

Dom av 15. juli 1994, *Matra Hachette SA v Commission*, T-17/93, EU:T:1994:89.

Dom av 11. juli 1996, *Mètropole télévision v Commission*, forente saker T-528/93 etc, EU:T:1996:99.

Dom av 17. desember 2003, *British Airways plc v Commission*, T-219/99, EU:T:2003:343.

Annen praksis fra EU-kommisjonen

Retningslinjer for anvendelsen av TEUV artikkel [101] tredje ledd (2004).

EUT 2004 C 101/97 Communication from the Commission - *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*.

Retningslinjer for anvendelsen av TEUV art. 101 på horisontale samarbeid (2011).

EUT 2011 C 11/1 Communication from the Commission — *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*.

Utkast til retningslinjer for anvendelsen av TEUV art. 101 på horisontale samarbeid (2022).

DRAFT – *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*. (tilgjengelig fra

https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2022-hbers_en

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Sak E-7/01, *Hegelstad Eiendomsselskap Arvid B. Hegelstad mfl. mot Hydro Texaco AS*, rådgivende uttalelse.

Annen praksis fra ESA

Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3 (2007). 2007/EØS/42/01 (2007), Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan – Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3.

Utenlandsk praksis

ACM/DM/2014/206028, *Kip van Morgen*, Autoriteit Consument & Markt (ACM) analyse av saken, 26. Januar 2015, https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.pdf (lest 8. mai 2022).

Litteratur

Bishop, Simon og Mike Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3. Utg., Sweet & Maxwell 2010.

Ellis, Joseph J A, «Source Material for Article 85(1) of the EEC Treaty», *Fordham Law Review*, Volume 32, Issue 2, 1963, s. 247-278.

Ellison, Jordan, «A Fair Share: Time for the Carbon Defence?», 21. Februar 2020, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3542186>.

Evensen, Harald og Eivind Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, 1. utg., Gyldendal 2009.

Faull, Jonathan og Ali Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2nd edition, Oxford University Press 2007.

Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathiesen, *EØS-rett*, 3. utgave, Fagbokforlaget 2018.

Gassler, Martin, «Sustainability, the Green Deal and Art 101 TFEU: Where We Are and Where We Could Go», *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 12, Issue 6, June 2021, s. 430-442, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab030>.

Gjendemsjø, Ronny, «Introduction to the competition rules applicable to undertakings», i *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, Finn Arnesen (red.) mfl., Nomos/Hart 2018, s. 525-568.

Gjendemsjø, Ronny, *Karnov Lovkommentarer: Konkurranseloven*, lovdata.no (lest 5. mai 2022).

Holmes, Simon, «Climate change, sustainability, and competition law», *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 8, Issue 2, July 2020, s. 354-405, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006>.

Horspool, Margot, Matthew Humphreys og Michael Wells-Greco, *European Union Law*, 9th edition, Oxford University Press 2016.

Kar, Nicole, Sima Ostrovsky og Ariti Skarpa, «Competition and sustainability: Quantifying the environmental benefits of cooperation», *Linklaters*, 7. Mai 2020 <https://www.linklaters.com/en/insights/blogs/linkingcompetition/2020/esg/competition-and-sustainability/quantifying-the-environmental-benefits-of-cooperation> (lest 8. mai 2022).

Kingston, Suzanne, *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge University Press 2011.

Kolstad, Olav og Anders Ryssdal, *Norsk Konkurranserett: Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*, Universitetsforlaget 2007.

Kolstad, Olav, *Norsk Lovkommentar: Konkurranseloven*, Rettsdata.no (lest 5. mai 2022).

Malinauskaite, Jurgita, «Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives», *Journal of European Competition Law & Practice*, lpac003, Februar 2022, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpac003>.

Lusty, George og Saskia King, «3. Article 101(3)» i *Bellamy & Child European Union Law of Competition*, 8th edition, Bailey, David (red.) og Laura Elizabeth John (red.), Oxford University Press 2018, s. 206-256.

Monti, Giorgio, «Article 81 EC and Public Policy», *Common Market Law Review*, Volume 39, Issue 5, 2002, s. 1057-1099.

Monti, Giorgio, «Four Options for a Greener Competition Law», *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 11, Issue 3-4, March-April 2020, Pages 124–132, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa007>.

Odudu, Okeoghene, *The Boundaries of EC Competition Law; The Scope of Article 81*, Oxford University Press 2006.

Townley, Christopher, *Article 81 EC and Public Policy*, Hart Publishing 2009.

Whish, Richard og David Bailey, *Competition Law*, 9th edition, Oxford University Press 2018.

Uttalelser fra organisasjoner eller institusjoner

Autoriteit Consument & Markt (ACM), *Second draft version: Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunities within competition law*, 26. Januar 2021, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-oppurtunities-within-competition-law.pdf> (lest 7. mai 2022).

Bundeskartellamt (BKA), *Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis*. 1. oktober 2020, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2020_Hintergrundpapier.pdf;jsessionid=65CE07A804BFC9740D4C58C8DD7413CA.1_cid387?_blob=publicationFile&v=2 (lest 7. mai 2022).

Competition & Markets Authority (CMA), *Environmental sustainability and the UK competition and consumer regimes: CMA advice to the Government*, 2022, <https://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-and-the-uk-competition-and-consumer-regimes-cma-advice-to-the-government/environmental-sustainability-and-the-uk-competition-and-consumer-regimes-cma-advice-to-the-government> (lest 7. mai 2022).

FN, *FNs bærekraftsmål*, 2015, <https://www.fn.no/om-fn/fns-baerekraftsmaal> (lest 7. mai 2022).

Hellenic Competition Commission (HCC), *Staff Discussion Paper on Sustainability Issues and Competition Law*, 2020, https://www.epant.gr/files/2020/Staff_Discussion_paper.pdf (lest 7. mai 2022).

Konkurransetilsynet, *Forbud mot konkurransebegrensende samarbeid*, oppdatert 1. januar 2014, https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/08/%C2%A710_ULOVLIG_SAMARBEID.pdf (lest 5. mai 2022).

Konkurransetilsynet, *Unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid*, oppdatert 9. desember 2008, https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/08/%C2%A710_UNNTAK-1.pdf, (lest 5. mai 2022).

OECD Policy Roundtable, *Crisis Cartels*, 2011, DAF/COMP/GF(2011)11.

Samferdselsdepartementet, *Green Deal – EUs strategi for et klimanøytralt kontinent innen 2050: Tiltak på transportområdet*, 2021, <https://www.regjeringen.no/no/tema/transport-og-kommunikasjon/eu-eos-og-internasjonalt-samarbeid-om-transport-og-kommunikasjon/eu-og-eos/eu-og-klima/green-deal--eus-strategi-for-et-klimanoytralt-kontinent-innen-2050/id2694488/> (lest 5. mai 2022).

Utenriksdepartementet, *Hva EØS-avtalen omfatter*, 2021, <https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/eos1/hva-avtalen-omfatter/id685024/> (lest 5. mai 2022).

Utenriksdepartementet, *Norges posisjonsnotat om Europas grønne giv*, 2021, <https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/regjeringen-solberg/aktuelt-regjeringen-solberg/ud/nyheter/2021/norges-posisjonsnotat-om-europas-gronne-giv/id2845272/> (lest 5. mai 2022).

Leksikon

Tjernshaugen, Andreas, «bærekraft» i Store norske leksikon, oppdatert 29. mars 2022, <https://snl.no/b%C3%A6rekraft> (lest 5. mai 2022).

Foredrag og konferansmateriale

Margrethe Vestager, *Competition policy in support of the Green Deal*, 25th IBA Competition Conference, 10. September 2021. https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-policy-support-green-deal_en/ (lest 5. mai 2022).

Margrethe Vestager, *The Green Deal and competition policy*, Renew Webinar, 22. september 2020. https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/green-deal-and-competition-policy_en (lest 5. mai 2022).